

REGARD SUR LE DROIT DE LA FAMILLE DANS LES PAYS DU MAGHREB

TANGER, 2-3 AVRIL, 2008



SÉMINAIRE

**REGARD SUR LE DROIT DE LA FAMILLE
DANS LES PAYS DU MAGHREB**

TANGER, 2-3 AVRIL, 2008



© CIDEAL
© Les auteurs

CIDEAL
Blasco de Garay, 94
28003 Madrid
Tel. : (+34) 915 538 488 / (+34) 915 546 402
Fax : (+34) 915 985 180
cideal@cideal.org
www.cideal.org

Dessin de couverture : GUIDEDBYART
Maquette et mise en page : GUIDEDBYART

Première édition : 2008

Dépôt légal:

Printed in Spain - Impreso en España

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle, par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans le présent ouvrage, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon.

TABLE DES MATIÈRES

Présentation.....	07
-------------------	----

Communications

Étude comparative du droit de la famille dans les pays du Maghreb.....	11
--	----

Kalthoum Meziou

Professeur

Université de Tunisie

La loi espagnole relative à la réforme de la séparation et le divorce.....	33
--	----

Francisco Javier Forcada Miranda

Magistrat

Tribunal de Première Instance n° 6 de Famille de Saragosse (Espagne)

Panneau 1. Le divorce pour discorde dans le droit de la famille dans les pays du Maghreb

Procédure du divorce pour discorde : les textes et l'application	57
--	----

Saida Idrissi El Amrani

Présidente

Association Démocratique des Femmes Marocaines (ADFM-Maroc)

Le divorce dans le droit de la famille algérien	61
---	----

Nadia Ait-Zai

Présidente

Centre d'Information et de Documentation sur les Droits de l'Enfant et de la Femme (CIDDEF-Algérie)

Panneau 2. Les droits économiques de la femme divorcée

Les droits économiques de la femme divorcée au Maroc	75
--	----

Fatna Sarehane

Professeur

Université Hassan II de Casablanca (Maroc)

Les droits matériels de la femme divorcée	85
---	----

Zahia Ammoumou

Avocate

Association Marocaine pour les Droits de la Femme (AMDF-Maroc)

Les conséquences économiques du divorce sur les femmes :

Les conséquences économiques du divorce sur les femmes : égalité de droit, inégalité de fait	93
Bochra Bel Haj Hmida	
<i>Avocate</i>	
<i>Cour de Cassation de Tunis (Tunisie)</i>	

Panneau 3. L'application du Code de la famille marocain par les juges	
Le rôle du juge dans l'application du nouveau Code de la famille	111
Mohamed Mouaqit	
<i>Professeur</i>	
<i>Université Hassan II de Casablanca (Maroc)</i>	

Atelier 1. Le mariage et le divorce dans la pratique.	
Propositions d'amélioration	
Conclusions :	123
Najat Chentouf	
<i>Avocate (Maroc)</i>	

Atelier 2. Réformes en matière de droit de la famille :	
bilan de la situation des droits des femmes	
Conclusions :	129
Zohra Koubia	
<i>Présidente</i>	
<i>Association Forum des Femmes de Alhoceima (Maroc)</i>	

PRÉSENTATION

Les pays du Maghreb ont mis en œuvre ces dernières années, plusieurs réformes en matière de droit de la famille ayant contribué, en général, à l'égalité de genre et à favoriser l'autonomie de la femme et des avancements dans sa réalité juridique.

Le nouveau Code de la famille marocain, promulgué en 2004, constitue un événement remarquable en matière de droit de la famille au Maghreb. Les progrès ont été aussi significatifs dans le reste des pays de la région, même si parmi eux le niveau d'évolution n'est pas toujours comparable. Comme résultat, les juges et les juristes disposent de textes législatifs améliorés destinés à orienter leur travail. Il faut également souligner l'importance des efforts que, depuis différents milieux (société civil organisée, institutions publiques, moyens de communication, etc.) sont déployés pour la consolidation et le renforcement du rôle de la femme au Maghreb.

Dans ce contexte s'inscrit le Séminaire « Regard sur le droit de la famille dans les pays du Maghreb » qui a eu lieu les jours 2 et 3 avril 2008 dans la ville de Tanger (Maroc), à l'occasion duquel se sont réunis de nombreux experts dans la matière provenant du pays hôte, ainsi que de la Tunisie, l'Algérie, la Mauritanie et l'Espagne, pour créer un vrai forum pour la réflexion, le débat et l'échange de connaissances et d'expériences. Ce séminaire est le résultat d'un travail conjoint entre le Centre de Recherche et Coopération pour le Développement (CIDEAL) et le Projet ADL (Renforcement et Modernisation de l'Administration de la Justice au Maroc). Dans ce dernier participent les principales institutions du secteur de la justice du Maroc et de l'Espagne. Le Projet ADL est financé principalement par l'Agence Espagnole de Coopération Internationale pour le Développement (AECID) et est exécuté par la Fondation Internationale et pour l'Amérique latine d'Administration et des Politiques Publiques (FIIAPP).

Un grand nombre d'experts dans la matière conviennent à souligner que l'envergure du processus de réforme initié est aussi important que les carences et difficultés détectées lors de son implémentation dans la pratique. Le changement se construit sur des piliers solides, mais c'est lors de son application dans la réalité quotidienne que sont observés les manques qu'il faut aborder depuis différentes approches, comme c'est le cas de la perspective de cette publication.

La célébration de ce séminaire s'inscrit dans le cadre de la Convention souscrite en 2006 entre CIDEAL et l'AECID qui a pour but de contribuer à la promotion et la représentation des femmes maghrébines dans les espaces sociaux et politiques. Dans ce sens, les deux entités maintiennent, depuis des années, un compromis pour l'amélioration de la situation des femmes au Maghreb et pour leur intégration dans la sphère civile, politique, économique et sociale.

L'événement s'encadre dans un plan de transfert d'expériences dessiné par CIDEAL, qui englobe la célébration de différents séminaires comme celui qu'à cette occasion a été destiné à approfondir l'analyse du droit de la famille en général et à réfléchir sur les circonstances spécifiques qui déterminent son application. Ceci, en abordant des thèmes aussi divers que le divorce pour discorde, les droits des femmes divorcées ou le rôle des juges et magistrats dans l'application du droit de la famille.

Nous espérons que ce genre d'initiatives contribuera à l'évolution de la mise en place réelle et effective des droits des femmes au Maghreb.

COMMUNICATIONS

ÉTUDE COMPARATIVE DU DROIT DE LA FAMILLE DANS LES PAYS DU MAGHREB¹

Kalthoum Meziou

*Professeur de Droit International Privé
Université de Tunisie*

1 INTRODUCTION

A la veille des indépendances, la situation au Maroc, en Algérie et en Tunisie était comparable.

Profondément islamisée, malgré des résistances berbères, la population maghrébine, à l'exception des communautés juives minoritaires, a été entièrement islamisée au 13^{ème} siècle et se trouve soumise au droit musulman.

Plus tard, les trois pays du Maghreb ont subi, avec une intensité variable, la colonisation française. Cette colonisation a laissé partout son empreinte. Ainsi, le système juridique est modifié, des codes inspirés du modèle français voient le jour dans différentes branches du droit : droit des obligations, droit commercial, droit pénal, etc., mais la codification ne concerne guère le droit de la famille.

Au Maroc et en Tunisie, le droit de la famille demeurait non codifié et religieux, les israélites étaient justiciables des tribunaux rabbiniques et de la loi mosaïque, les musulmans relevaient des tribunaux charaïques et étaient régis par le droit musulman. En Algérie, la situation était différente, le décret Crémieux du 24 octobre 1870 déclarait les israélites algériens citoyens français et soumettait leur statut personnel à la loi française ; certains musulmans avaient également opté pour cette citoyenneté mais pour la plupart, les musulmans algériens, tout en devenant sujets français, avaient gardé leurs statuts personnels propres. Malgré des interventions ponctuelles et timides pour codifier la coutume kabyle et la tentative d'établir un « droit musulman algérien » avec le Code Morand, la situation n'était pas différente de celle des pays voisins : l'application à la majorité de la population composée de musulmans du droit musulman.

¹ Il s'agit d'une étude du droit de la famille, tel qu'il ressort des textes législatifs à l'exclusion de la jurisprudence.

À la veille des indépendances, le modèle juridique de la famille est bien commun aux trois pays et identique à celui des autres pays arabo-musulmans : la famille est nécessairement légitime et fondée sur le sang, la filiation naturelle est ignorée et l'adoption prohibée ; cette famille est patriarcale et agnatique, la polygamie et la répudiation caractérisent le lien conjugal et la femme se retrouve toujours dans une condition inférieure : droit de contrainte matrimoniale exercé par le père, autorité du mari auquel elle doit obéissance, partage inégal en matière successorale et possibilité de garde des enfants en bas âge sans aucun pouvoir de tutelle.

Avec les indépendances, tout devient possible et les chemins se séparent. La codification accentue les particularismes nationaux ; chaque système va traduire différemment dans chaque pays un certain équilibre de forces antagonistes. Les résultats ne peuvent être les mêmes².

Très vite au lendemain de l'indépendance, la Tunisie et le Maroc codifient le droit de la famille dans une relative sérénité. Les voies empruntées sont cependant différentes.

La Tunisie promulgue, le 13 août 1956, le Code du Statut Personnel (CSP). Le Code se caractérise par une absence totale de référence à l'Islam. Au niveau du discours officiel, la pérennité de l'Islam est affirmée, mais il s'agit d'Islam et non de droit musulman. Le législateur revendique son droit à l'Ijtihad, il ne se contente pas de codifier, il veut agir sur le contenu même du droit pour l'adapter aux circonstances nouvelles et faire évoluer la société, il fait en particulier de l'émancipation féminine un levier de sa politique législative³. Silencieux sur certaines questions épineuses, étrangement passéiste sur des points mineurs, fidèle à la tradition en matière de successions, le Code est, sur certains points, résolument moderne. La Tunisie se démarque du reste du monde arabe en interdisant la polygamie et en instituant un divorce nécessairement judiciaire, également ouvert aux deux époux. Les deux innovations sont justifiées, au niveau du discours politique, par un retour aux sources⁴.

² Pour une vue d'ensemble des droits positifs et une bibliographie détaillée du droit de la famille, voir le juriscasseur de droit comparé ; pour le Maroc : Fatna Sarehane, pour l'Algérie : Mohamed-Chérif Salah-Bey, pour la Tunisie : Kalthoum Meziou.

³ BEN ACHOUR, Sana (2001) : « Féminisme d'État : figure ou défiguration du féminisme ? » In Mohamed Charfi : *Mélanges en l'honneur*. CPU, p.413.

⁴ Monsieur Ahmed Mestiri, alors du Ministère de la Justice, affirme dans un communiqué annonçant la promulgation du CSP : « Ce Code rencontre l'agrément des savants puisque puisé dans les sources pures et d'une inépuisable nouveauté de la religion ». L'Action du 3 septembre 1956, n°65, p.1.

Les modifications apportées par le Code permettent, par ailleurs, l'unification législative⁵. Régissant au départ les seuls musulmans, le Code s'applique un an plus tard à l'ensemble des tunisiens sans distinction de religion.

Le Maroc, quant à lui, promulgue par étapes, en 1957 et 1958, la Moudawana. Celle-ci se présente comme une codification du Fikh dans son interprétation malékite avec des timides réformes sur des points particuliers. Ce texte ne s'applique pas aux marocains de confession israélite et renvoie expressément en cas de lacune « à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite malékite ».

Pour l'Algérie, il faut attendre 1984, c'est-à-dire 22 années après l'indépendance, pour avoir un Code de la famille⁶. Faisant peu de concessions au modernisme, le Code reprend les solutions traditionnelles du droit musulman et tout comme la Moudawana renvoie pour combler les lacunes aux dispositions de la chariâ. Le Code s'applique cependant à l'ensemble des algériens sans distinction de religion.

Le droit de la famille au Maghreb est ainsi devenu pluriel.

Les évolutions sont également, par la suite, différentes. Le législateur tunisien, attentif à l'évolution sociale, intervient à plusieurs reprises, il ajoute des livres entiers au CSP, il intervient pour en modifier certaines dispositions ; enfin, il règlemente par des lois spéciales des questions importantes du droit de la famille, hors du Code. Le législateur algérien s'est contenté de procéder en 2005 à quelques amendements apportant quelques améliorations mais sans aucun bouleversement. Le législateur marocain, quant à lui, après une réforme mineure en 1993, a procédé à une véritable refonte du droit de la famille avec la promulgation d'un nouveau texte, le Code de la famille, en 2004.

À des rythmes différents, le droit de la famille évolue au Maghreb.

⁵ L'unification n'est pas seulement législative, elle est également juridictionnelle. La loi du 27 septembre 1956 supprime les tribunaux rabbiniques et étend l'application du CSP à tous les tunisiens.

⁶ La période antérieure au Code est assez mouvementée. La Loi du 31 décembre 1962 proroge la législation antérieure à l'indépendance avec les quelques innovations qu'elle contenait. Une dizaine d'années plus tard, l'ordonnance de 1973 abolit cette loi, la Cour de cassation décide qu'il n'y a pas de vide juridique et que le droit musulman a toujours vocation à s'appliquer. Il faut attendre le Code de la famille pour avoir un texte algérien.

Au-delà du contenu concret des réformes, c'est le changement dans l'attitude des législateurs algériens et marocains qu'il convient de relever. Le Code marocain en particulier, se présente comme un renouveau dans la continuité. Continuité puisqu'il s'agit toujours de légiférer dans le cadre du droit musulman, continuité puisque le Code ne s'applique toujours pas aux marocains de confession juive qui restent soumis aux règles du statut personnel hébraïque, continuité encore lorsqu'il est précisé qu'il y a lieu de se référer aux prescriptions du rite malékite et/ou conclusions de l'Ijtihad pour combler les lacunes, continuité enfin par la reprise de nombreuses solutions antérieures.

Mais renouveau puisqu'il s'agit d'œuvrer, selon le préambule du Code de la famille, en se prévalant de « l'effort jurisprudentiel de l'Ijtihad, en tenant compte de l'esprit de l'époque, des impératifs de l'évolution et des engagements souscrits par le Royaume en matière de droits de l'homme tels qu'ils sont reconnus universellement ». Il ne s'agit plus de reprendre les solutions du droit musulman dans sa version malékite mais, selon les termes utilisés par le Roi, « d'élaborer un code moderne de la famille en parfaite adéquation avec l'esprit de notre religion tolérante », et le Roi ajoute : « Ces dispositions ne doivent pas être perçues comme des textes parfaits ni appréhendées avec fanatisme. Il s'agit plutôt de les aborder avec réalisme et perspicacité, dès lors qu'elles sont issues d'un effort d'Ijtihad valable pour le Maroc d'aujourd'hui, ouvert au progrès que nous poursuivons avec sagesse de manière progressive mais résolue »⁷. C'est-à-dire que la réforme actuelle du droit de la famille n'est qu'une étape de l'évolution et qu'elle précède une réforme future. L'affirmation selon laquelle l'Islam est une religion valable en tous lieux et à toutes les époques ne permet plus de justifier l'intangibilité des solutions du droit musulman. L'affirmation est en quelque sorte inversée. Puisque l'Islam est valable en tous lieux et à toutes les époques, cela signifie qu'il peut, qu'il doit, s'adapter aux circonstances qui prévalent en cet endroit et en ce moment. L'affirmation selon laquelle l'Islam est une religion valable en tous lieux et à toutes les époques justifie, en fin de compte, l'Ijtihad.

Le législateur marocain rejoint ainsi la position officielle des autorités tunisiennes. De façon implicite et dans une moindre mesure, la réforme algérienne confirme cette position. Les mêmes grandes idées dominent aujourd'hui le droit de la famille au Maghreb : la recherche d'une plus grande stabilité du lien conjugal, la protection de l'enfant et une tendance vers l'égalité des hommes et

⁷ Ces propos du Roi sont intégrés au préambule du Code de la famille et en font partie, ce qui ne manque pas d'avoir des répercussions, en cas d'interprétation.

des femmes, tendance seulement, puisque l'égalité n'est entièrement consacrée dans aucun des trois pays.

Cette convergence des solutions ne signifie pas identité de solutions, elle recouvre des réalités très différentes. Une étude comparative du mariage, de la filiation et des successions permettra une vue d'ensemble de la question.

■ 2 LE MARIAGE

Les solutions, en matière de mariage, convergent lentement. Résolument féministe, le législateur tunisien fait preuve d'audace, le volontarisme étatique dans le processus d'égalité entre les sexes est patent. Les législateurs algériens et marocains, tout en apportant des améliorations à la condition féminine, ne font pas de celle-ci un axe majeur de leur politique législative, le souci de ne point enfreindre, de ne point dépasser ce qui leur semble être les limites actuelles de l'interprétation, l'emporte pour le moment. Sur le chemin de l'égalité, les priorités des trois législateurs ne sont pas les mêmes. Le législateur tunisien avait commencé par établir une égalité entre les époux au moment de la formation du mariage et de sa dissolution ; les législateurs marocains et algériens, malgré les récentes innovations, maintiennent encore, de nos jours, une inégalité entre les conjoints (A). En revanche, pendant des décennies, le législateur tunisien s'est montré plus circonspect concernant les relations conjugales. Il a maintenu, pendant des décennies, durant le mariage, une hiérarchie entre mari et femme. Il faut attendre les réformes de 1993 pour voir s'instaurer un changement significatif sans que pour autant l'égalité ne soit atteinte. Ses homologues marocain et algérien, lorsqu'ils entament, bien plus tard des réformes, se préoccupent essentiellement de l'aménagement de la relation conjugale (B).

2.A) FORMATION ET DISSOLUTION DU LIEN CONJUGAL.

En dépit des réformes des droits marocain et algérien, la législation tunisienne demeure toujours en avance, et ceci tant pour la formation du lien conjugal (2.A.1) que pour sa dissolution (2.A.2).

2.A.1) De nombreuses conditions pour la formation du mariage sont communes aux trois pays : un âge matrimonial est fixé, le consentement des futurs époux est requis, les empêchements à mariage en raison de la parenté, de l'alliance ou de l'allaitement sont règlementés de façon identique, ainsi que la durée du délai de viduité. Le versement d'une dot par le mari à la femme est prévu ; elle perd

cependant de son importance au Maroc et en Tunisie.

Trois points touchant au principe d'égalité sont règlementés différemment dans les trois pays : la tutelle matrimoniale, l'empêchement à mariage pour disparité de cultes et la polygamie.

a) La **tutelle matrimoniale** trouve son origine dans la division sexuelle de l'espace que connaissait la société musulmane traditionnelle. Selon plusieurs rites, la femme ne peut exprimer elle-même son consentement à son propre mariage, elle doit, dans tous les cas, être représentée par son tuteur matrimonial. Juridiquement, le tuteur n'est qu'un mandataire, mais un mandataire obligatoire. Ce tuteur doit être nécessairement un agnat, un mâle parent par les mâles.

La solution a été maintenue en Algérie jusqu'en 2005. Alors que selon la version initiale « la conclusion du mariage, pour la femme, incombe à son tuteur matrimonial », désormais et depuis la réforme, la femme majeure conclut elle-même son mariage, mais cela en présence de son wali qui est son père, un proche parent ou tout autre personne de son choix, l'absence du wali n'étant plus, selon les nouveaux textes, une cause de nullité du mariage.

Au Maroc, la question a subi une évolution. Dans la première version de la Moudawana, la tutelle matrimoniale est exercée par un agnat : la femme, même majeure, ne pouvait pas exprimer elle-même son consentement. L'article 11 ancien fixait la liste des tuteurs matrimoniaux par ordre de priorité, au premier rang desquels, on trouvait le fils, puis le père, le frère... La loi de 1993 supprime cette tutelle pour la femme majeure dont le père est décédé, mais elle subsiste pour celle dont le père est vivant, et ceci sans limite d'âge. Le Code de la famille, quant à lui, vide l'institution de tout sens, il en fait « un droit de la femme ». La femme majeure peut contracter mariage par elle-même ou déléguer, à cet effet, à son père ou à un de ses proches. Il ne s'agit, en réalité, désormais, que de déférence à l'égard du père et de respect des traditions. Quant au mariage de l'incapable, du mineur, il nécessite l'approbation de son représentant légal. Celui-ci est le père, en cas de décès ou d'incapacité de ce dernier, la mère devient tutrice légale et peut, par conséquent, consentir au mariage de son enfant mineur. Le droit marocain se révèle sur ce point plus cohérent que le droit tunisien.

En Tunisie, la tutelle matrimoniale a été supprimée pour la femme majeure dès la promulgation du Code, mais le mariage de l'homme ou de la femme qui n'a pas atteint l'âge de la majorité légale est subordonné au consentement de son tuteur. S'agissant uniquement de la tutelle de l'incapable, il s'agit du père,

et depuis la réforme de 1981, à défaut de ce dernier, de la mère devenue tutrice légale. Curieusement, on retrouve ici la notion de tuteur matrimonial agnat. Pour le mariage du mineur dont le père est décédé, la mère intervient depuis 1981 en qualité de tutrice légale, mais intervient également le plus proche parent agnat. On avait estimé à l'époque que l'on ne pouvait pas aller à l'encontre du Hadith qui dit : « Une femme ne peut marier une femme ».

Lors de la réforme de 1993, le législateur n'a pas osé aller à l'encontre de cette solution. Il contourne la difficulté en exigeant dans tous les cas, si l'un des futurs époux est mineur, non seulement le consentement du tuteur matrimonial, mais également celui de la mère ; ce qui permet à celle-ci d'intervenir aussi du vivant du père, mais le principe du tuteur matrimonial agnat est maintenu.

Le législateur tunisien fait preuve ici d'une frilosité excessive. L'opinion publique aurait facilement accepté que la mère, devenue tutrice légale après le décès ou l'incapacité du père, exerce pleinement la tutelle⁸. S'agissant de la disparité du culte, le législateur se montre prudent.

b) **La disparité du culte** est un empêchement au mariage repris du droit musulman. Le législateur tunisien « traite » de la question par le silence, laissant ainsi libre champ à une interprétation par un retour aux sources. Les législateurs algérien et marocain ont repris expressément l'empêchement : « La musulmane ne peut épouser un non-musulman », affirme le Code algérien. La même solution se retrouvait en droit marocain. En réalité, cette solution est incomplète au regard du droit musulman. Pour ce dernier, le mariage d'un musulman avec une femme qui n'appartient pas à une religion révélée est également prohibé. Cette règle du droit musulman limitant la liberté de l'homme ne faisait l'objet d'aucune disposition légale. Le Code de la famille marocain revient à une plus grande orthodoxie, désormais, le mariage de la musulmane avec un non-musulman et celui du musulman avec une non-musulmane qui n'appartient pas à une religion révélée, sont prohibés.

c) C'est concernant la **polygamie** que le législateur tunisien se montre le plus audacieux. La polygamie est interdite dès 1956. Cinquante ans après, elle est, malgré des restrictions, toujours permise en Algérie et au Maroc. Ces positions différentes sont toutes justifiées par un retour aux sources. Le législateur tunisien reprend à son propre compte les justifications théoriques avancées par

⁸ MEZIOU, Kalthoum (1984) : « Féminisme et Islam dans la réforme du Code du statut personnel du 18 février 1981 ». RTD, p.253.

Tahar El Haddad. Celui-ci avance un raisonnement en deux temps. Tout d'abord, constate-t-il, le Coran apporte une limitation à la polygamie, puisque celle-ci n'est plus illimitée mais se réduit à une tétragamie. Mais, ajoute-t-il, ce nombre est conditionné par la certitude du traitement équitable des co-épouses par le mari, ce qui, selon le Coran lui-même, s'avère impossible. Aussi convient-il de trancher dans le vif et d'interdire la polygamie.

En Algérie et au Maroc, l'évolution se fait dans le sens des restrictions, mais le principe demeure. Initialement en Algérie, la femme dont le mari épousait une autre femme pouvait demander le divorce ; au Maroc, la femme devait pour cela inclure dans le contrat de mariage une clause de non remariage de l'époux, le non respect de la clause ouvrait pour l'épouse un droit au divorce. La femme qui n'avait pas réservé ce droit d'option avait la possibilité, en cas de remariage de l'époux, de saisir le juge pour faire apprécier le préjudice causé par la nouvelle union.

La réforme de 1993 au Maroc apporte une restriction : le mari ne peut épouser une autre femme qu'avec l'autorisation du juge. Celle-ci n'est pas accordée « si une injustice est à craindre envers les co-épouses ». Aucune indication n'est donnée par le législateur pour permettre de déterminer si il y a une injustice ou pas. Dans la pratique, le juge s'est limité à un critère purement matériel : l'autorisation est accordée si le mari a les moyens d'entretenir plus d'un foyer. Cette solution est aujourd'hui celle du droit algérien depuis la réforme de 2005. Mais entre-temps, avec le Code de la famille, le droit marocain a évolué. La polygamie peut, désormais, en pratique être écartée.

En effet, en cas de clause de non-remariage, la polygamie est interdite. Ce qui signifie que le mari n'a plus la possibilité de se remarier et de laisser à l'épouse précédente le soin de demander le divorce. La polygamie est également interdite si une injustice est à craindre envers les épouses. Le législateur donne désormais des indications au juge. « Le tribunal n'autorise pas la polygamie, lorsque sa justification objective et son caractère exceptionnel n'ont pu être établis, si le mari ne dispose pas de ressources suffisantes pour entretenir les deux familles et garantir tous les droits dont la pension alimentaire, le logement et l'égalité dans tous les aspects de la vie ».

On voit ainsi que la polygamie peut être mise en échec par une attitude ferme du juge, elle peut être mise en échec par la vigilance des femmes, de toutes les femmes au moment du mariage, mais le principe en demeure inscrit dans le texte. Le législateur tend à instaurer une égalité entre hommes et femmes, cherche en pratique à imposer la monogamie mais refuse d'assumer l'évolution ; la

monogamie peut exister en fait, elle n'existe pas en droit.

« Je ne peux -a dit le Roi- en ma qualité d'Amir el Mouminines, autoriser ce que Dieu a prohibé ni interdire ce que le Très-Haut a autorisé⁹ ».

On retrouve les mêmes justifications concernant la nouvelle réglementation de la dissolution du lien conjugal.

2.A.2) Dès 1956, l'égalité des époux est parfaite, en droit tunisien, pour la dissolution du lien conjugal **(a)** ; de nos jours encore, l'inégalité subsiste en droit algérien et marocain, mais les solutions diffèrent **(b)**.

a) En Tunisie, le divorce est nécessairement judiciaire, il est également ouvert aux deux époux pour les mêmes causes. Le divorce peut être prononcé en raison du consentement des deux conjoints, à la demande de l'un ou de l'autre en raison du préjudice subi et à la demande du mari ou de la femme sans justification aucune. Dans les deux derniers cas, des dommages et intérêts sont versés à l'époux subissant le préjudice ou à celui subissant le divorce caprice. La justification de la solution se trouve au-delà de la construction des Ulémas en la matière. Par l'effet de ces réformes, le divorce devient plus difficile ; en raison du caractère judiciaire, il devient également plus équitable, il devient par là même conforme à l'esprit de l'Islam, en accord avec le Hadith qui dit : « Parmi les choses permises, la plus détestable pour Dieu est la répudiation ».

Ce Hadith justifie également les restrictions apportées à la dissolution du lien conjugal, en droit algérien et marocain.

b) Pour l'Algérie et le Maroc, les cas de dissolution du lien conjugal sont quasiment identiques et reprennent le schéma classique de la question en droit musulman ; les deux législations diffèrent, cependant, s'agissant de la procédure.

La dissolution du lien conjugal intervient en raison du consentement mutuel des deux époux et par la volonté du seul mari. L'épouse peut se séparer de son conjoint moyennant réparation et dans les cas limitativement prévus par le législateur. Ces cas sont classiques : défaut d'entretien, absence prolongée, infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage, refus de l'époux de partager la couche de sa femme pendant plus de quatre mois, enfin, pour tout préjudice reconnu pour tel. L'inégalité des époux est ici manifeste.

⁹ Préambule du Code de la famille.

L'évolution, en la matière, a consisté à reconnaître un divorce pour discorde, par le Code marocain d'abord, par la réforme algérienne ensuite.

Ce mode de divorce semble avoir été introduit en raison des difficultés rencontrées par l'épouse cherchant à se délier des liens du mariage. Désormais, chaque fois que l'application des textes conduit la femme à une impasse, elle peut recourir à la procédure du *chiqua*, ainsi par exemple, lorsqu'elle n'arrive pas à prouver le préjudice ou lorsque le mari refuse la dissolution du lien moyennant compensation. Par ce détour, le législateur évite de consacrer explicitement, en faveur de la femme, un droit équivalent à celui du mari dans la dissolution du lien conjugal.

Notons enfin que, tant pour la dissolution unilatérale du mariage par l'époux, que pour le divorce demandé par la femme pour motifs déterminés, ou pour le divorce pour *chiqua*, le juge peut accorder des dommages et intérêts à la femme.

C'est en matière de procédure que des différences apparaissent entre le droit marocain et le droit algérien. Dès la promulgation du Code de la famille en 1984, le législateur algérien décide que le divorce ne peut être établi que par un jugement précédé d'une tentative de conciliation. Au Maroc, la répudiation unilatérale et sans intervention du juge est maintenue dans le texte initial de la *Moudawana*. Avec la réforme de 1993, la répudiation de la femme par le mari est soumise à l'autorisation du juge qui est tenu de procéder à une tentative de conciliation par tous les moyens qu'il juge appropriés, mais le juge n'a pas le pouvoir de refuser cette autorisation, la répudiation reste un acte discrétionnaire. Avec le Code de la famille, le principe demeure, mais des limites sont imposées au mari ; des limites d'ordre procédural et des limites d'ordre financier.

Le juge devient plus présent dans la procédure. Il en contrôle les différentes étapes : le système de convocation de l'épouse est renforcé, si elle ne se présente pas, elle sera convoquée une deuxième fois par le Ministère Public qui vérifiera au besoin son adresse, les fausses déclarations du mari, à ce sujet, étant sanctionnées pénalement.

En cas d'échec de la conciliation, le juge fixe les droits de l'épouse et des enfants. Pour ces derniers, il s'agit de la pension alimentaire ; pour la femme, les droits comportent le reliquat de la dot, la pension due pour la durée du délai de viduité et le don de consolation. Ce dernier doit être évalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux.

Le mari est tenu de consigner ces sommes au greffe du tribunal, à défaut, il est censé renoncer à son intention de divorcer. Une fois le dépôt des sommes exigées est fait, le juge autorisera le mari à faire instrumenter l'acte de divorce par deux adouls et sur la production de la copie de l'acte, le tribunal de la famille prononcera le divorce¹⁰.

Tout comme pour la polygamie, les législateurs algérien et marocain n'ont pas affirmé l'égalité des époux en matière de dissolution du lien conjugal, par différents moyens cependant, ils tentent de rapprocher la situation de la femme de celle du mari, mais ils n'assument pas l'égalité.

Mais si pour la formation et la dissolution du lien conjugal, on pouvait opposer nettement le droit tunisien égalitariste aux droits algérien et marocain marqués d'inégalité, les solutions de droit positif concernant l'aménagement de la vie conjugale et familiale tendent à se rejoindre.

2.B) L'AMÉNAGEMENT DE LA RELATION CONJUGAL.

Dans la version initiale des trois codes, la situation était identique dans les trois pays. Le Code du statut personnel, la Moudawana marocaine et le Code de la famille algérien, perpétuait une image de la famille où les relations des époux demeuraient celles d'une famille traditionnelle : en contrepartie de l'entretien du ménage, le mari était chef de famille et la femme lui devait obéissance¹¹.

Malgré des ajustements, il a fallu près de trente ans en Tunisie pour avoir une redéfinition juridique des rôles au sein de la famille. L'égalité n'est toujours pas atteinte, mais la réforme du 12 juillet 1993 substitue les relations d'autorité par des relations d'association, de participation. On retrouve la même tendance dans le Code de la famille marocain et dans la réforme algérienne de 2005. Cette

¹⁰ Les différentes restrictions apportées au droit du mari, l'intervention du juge et l'octroi d'un don de consolation voulu substantiel par le Code, permettent au législateur d'écarter une terminologie gênante. Dans la version en langue française du Code, on ne distingue pas entre divorce et répudiation, mais entre divorce judiciaire et divorce sous contrôle judiciaire.

¹¹ L'interdiction de la polygamie et l'instauration d'un divorce nécessairement judiciaire également ouvert aux deux époux modifient, en Tunisie, les relations des conjoints sur le plan psychologique. Le devoir d'obéissance d'une femme vis-à-vis de son mari, vécu dans une relation monogamique à laquelle l'un et l'autre peuvent mettre fin, n'est plus le devoir d'obéissance d'une femme vis-à-vis d'un mari polygame ou potentiellement polygame, vécu dans une relation à laquelle elle ne peut échapper que difficilement de son propre gré.

tendance se vérifie, tant pour les relations des époux entre eux (2.B.1), que pour leurs relations avec leurs enfants (2.B.2).

2.B.1) Les relations des époux évoluent : le devoir d'obéissance de la femme au mari disparaît ; le mari demeure chef de famille en Tunisie¹², en Algérie et au Maroc, mais la notion n'est plus inscrite dans les textes.

D'une façon générale, les avancées sont plus importantes pour les rapports personnels que pour les relations patrimoniales.

Pour les rapports personnels, depuis la réforme de 1993, en Tunisie, l'égalité est parfaite. Chacun des époux doit traiter son conjoint avec bienveillance, vivre en bons rapports avec lui et éviter de lui porter préjudice ; les deux époux coopèrent pour la conduite des affaires de la famille, pour la bonne éducation des enfants ainsi que pour la gestion des affaires de ces derniers.

La réforme de 1993 a également modifié l'article 23 du CSP dans les dispositions relatives aux relations patrimoniales, mais le législateur n'a pas tenu compte des textes relatifs à la Nafaqa et n'a pas harmonisé les solutions. Le Code, dans sa rédaction initiale, faisait peser, à titre principal, sur le mari, l'obligation de faire face aux charges du ménage et celle de pourvoir aux besoins de sa femme et de ses enfants. Il prévoyait également la contribution de la femme « si elle a des biens ». La jurisprudence avait refusé d'y voir une obligation, elle avait considéré la contribution comme secondaire, facultative. L'obligation d'entretien due par le mari est maintenue dans l'article 23 nouveau, mais l'idée de partage est introduite ; le mari, selon la nouvelle version, doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants en tant que chef de famille, et la femme doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens. La contribution est ainsi devenue obligatoire. Enfin, une loi de 1998 introduit et réglemente hors du Code un régime de communautés des biens. Ce régime facultatif peut, lorsqu'il est adopté par les époux, modifier substantiellement les relations patrimoniales ; il établit, en effet, une stricte égalité des époux pour la gestion des biens communs¹³.

¹² C'est un chef bien amoindri qui subsiste en droit tunisien. La notion n'est utilisée par l'article 23 du CSP que pour faire peser sur le mari les charges du ménage. Voir BELKNANI, Faouzi (2000) : « Le mari chef de famille ». RTD, p.49.

¹³ MEZIOU, Kalthoum (2001) : « Le régime de la communauté des biens entre époux » In Mohamed Charfi : *Mélanges en l'honneur*. CPU, p.439.

On retrouve la même évolution dans le droit marocain. Les relations, franchement inégalitaires, prévues par la Moudawana, sont substituées, dans le Code de la famille, par des relations plus équilibrées. Désormais, outre la cohabitation, le respect mutuel, la préservation de l'intérêt de la famille et les bons rapports avec les parents et les proches de l'autre, il est également prévu, au titre des droits et devoirs réciproques des conjoints « la prise en charge conjointement avec l'époux de la responsabilité des affaires du foyer et de la protection des enfants, la concertation dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et du planning familial ». Tout comme en droit tunisien, la participation de l'épouse laisse subsister l'obligation d'entretien à la charge du mari. Enfin là, également, le Code prévoit une sorte de régime spécifique aux acquêts pendant le mariage. Les époux peuvent se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage.

En Algérie, la réforme de 2005 introduit les notions de contribution conjointe à la sauvegarde des intérêts de la famille et la concertation mutuelle dans la gestion des affaires familiales. La réforme prévoit également la possibilité d'un régime de communauté des biens acquis pendant le mariage, les époux pouvant déterminer les proportions revenant à chacun.

2.B.2) La même évolution se constate dans les relations des parents avec leurs enfants. Les textes originaux des trois codes maghrébins reprenaient, pour les relations des parents entre eux et avec leurs enfants les solutions traditionnelles. Ils prévoyaient une prééminence des hommes en ce qui concerne la Wilaya et pour la Hadhana, un ordre fixe de dévolutaires favorisant la mère et la lignée maternelle ; l'obligation alimentaire pesant, par ailleurs, essentiellement sur le père. Là, également, on passe de la hiérarchie à une participation du père et de la mère dans leurs relations avec leurs enfants mais là encore, l'évolution n'est point achevée et l'égalité est loin d'être parfaite. La garde est assurée durant le mariage par les deux parents. Dans le cas de dissolution du lien conjugal par décès, elle est assurée par le survivant des père et mère. C'est l'hypothèse du divorce qui pose des problèmes.

En Tunisie, et depuis 1966, le législateur a écarté l'ordre fixe de dévolutaires et fait de l'intérêt de l'enfant le seul critère d'attribution de la garde¹⁴. Au Maroc

¹⁴ Ce qui en pratique s'avère favorable à la mère. Le plus souvent, la garde lui est attribuée, le père ne peut plus, conformément aux textes anciens, réclamer le transfert de la garde de l'enfant à son profit lorsque l'enfant atteint un certain âge.

et en Algérie, les réformes laissent subsister l'ordre légal des attributaires de la garde. Elles ont consisté à donner un rang plus favorable au père et à introduire subsidiairement la notion d'intérêt de l'enfant.

Avec le Code de la famille, la garde est confiée au Maroc, en premier lieu, à la mère, puis au père, puis à la grand-mère maternelle de l'enfant. A défaut, le tribunal en décide en fonction de l'intérêt de l'enfant. En Algérie, également, le père se trouve désormais au second rang après la mère, ce n'est qu'à défaut de la mère et du père que recours sera fait à la grand-mère maternelle, puis paternelle, puis à la tante maternelle et paternelle. Enfin, le juge peut intervenir pour accorder la garde aux proches, et ceci en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Mais cette faveur faite aux mères se trouve limitée, dans les trois pays, par les dispositions relatives à la tutelle.

Le père est, en effet, toujours tuteur de ses enfants mineurs, c'est lui qui exerce à leur égard un pouvoir de direction. Dans les versions originales des trois codes maghrébins, la mère ne pouvait être tutrice légale de ses enfants du vivant du père mais également en cas de décès de ce dernier. Pour être tutrice, il fallait qu'elle soit désignée par le testament du père ou par le juge, mais l'un et l'autre pouvaient l'écarter au profit de certains proches, le plus souvent des agnats. De nos jours, dans les trois pays, la mère devient tutrice de ses enfants mineurs en cas de décès du père, et cela par la force de la loi. Elle ne peut plus être écartée par la décision du juge. Des spécificités caractérisent, cependant, chacune des législations.

Au Maroc, la déchéance de la tutelle est expressément prévue pour le père, en Tunisie et en Algérie le législateur reste ambigu. On ne prévoit pas la déchéance mais seulement la possibilité pour la mère de l'exercice des attributions de la tutelle dans certains cas, et ceci du vivant du père. En Algérie, le Code de la famille prévoit qu'en cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde a été confiée, cela n'est pas prévu au Maroc ni en Tunisie. En Tunisie, le père et la mère, qu'ils soient ou non gardiens, qu'ils soient ou non tuteurs, ont un droit de regard sur les affaires de l'enfant.

Enfin, l'obligation alimentaire reste à la charge du père et la mère n'intervient qu'à défaut de celui-ci. Une distinction est faite entre les garçons et les filles en faveur de ces dernières. Les parents doivent pourvoir à l'entretien des enfants jusqu'à leur majorité et au-delà si ces enfants poursuivent encore des études ou sont handicapés. Cependant, la fille reste à la charge de ses parents jusqu'à son mariage selon le Code algérien et jusqu'à ce qu'elle dispose de ressources propres selon les codes marocain et tunisien.

Cette lente convergence des solutions ne se retrouve pas s'agissant de l'établissement de la filiation.

■ 3 LA FILIATION

Les premières codifications dans les trois pays maghrébins restent fortement influencées par les solutions du droit musulman. La filiation qu'il s'agit de réglementer est la filiation paternelle légitime, il s'agit d'introduire un enfant dans la lignée paternelle, c'est le Nasab (3.A), aussi la filiation maternelle n'est-elle pas réglementée, la filiation naturelle est ignorée et l'adoption, par ailleurs, prohibée ; les solutions n'ont pas beaucoup changé avec les réformes au Maroc et en Algérie. Le législateur tunisien, quant à lui, reprend, au moment de la promulgation du Code, les règles classiques. Il fait, plus tard, évoluer la matière. Il admet l'adoption et permet l'établissement de la filiation naturelle, mais ceci curieusement par des lois spéciales, non intégrées au Code (3.B).

3.A) LA FILIATION LÉGITIME.

Le concept de légitimité est particulier. L'enfant légitime n'est pas celui issu des relations de mariage entre ses deux parents, l'enfant légitime est celui qui est rattaché à une généalogie paternelle. La question se déplace, elle est alors de savoir comment ce rattachement peut avoir lieu. Les trois codes, dans leurs versions initiales respectives, prévoient que la filiation peut être établie par le mariage, valide ou non, et par la reconnaissance de paternité. Les codes marocain et tunisien y ajoutent le témoignage. Il s'agit alors de savoir sur quoi doivent porter l'aveu et les témoignages. S'agit-il de reconnaître des simples relations avec la mère de l'enfant ou faut-il établir des relations légitimes assimilées au mariage¹⁵ ? Cette dernière solution ne laisse aucune possibilité pour l'établissement d'une filiation hors mariage ; avec la première, le lien de filiation entre le père et l'enfant peut être établi, mais une fois établi, la filiation est légitime.

Les textes, dans les trois pays, sont souvent laconiques et ambigus, laissant libre cours à toutes sortes d'interprétations et au recours à la chariâ pour compléter et clarifier la matière¹⁶, or le contexte est différent et l'environnement juridique

¹⁵ Ainsi, les dispositions concernant la filiation dans le Code de la famille algérien se trouvent intégrées dans le livre 1er ayant pour intitulé « Du mariage et de sa dissolution », ce qui peut laisser supposer que la reconnaissance de paternité ne peut se faire que dans le cadre du mariage.

a changé. Autrefois, la polygamie était répandue et le concubinat légal avait cours, la répudiation était facile, elle pouvait avoir lieu oralement. Il était alors légitime de prouver la légitimité de l'enfant en prouvant des relations licites entre les parents, et ceci par l'aveu du père ou le témoignage de personnes dignes de foi. Il est aujourd'hui possible d'avoir un état civil clair en matière de mariage et de dissolution du lien conjugal, aussi, faire intervenir l'aveu ou le témoignage n'a pas de sens concernant la licéité des relations entre les parents. Ces procédés de preuve cités par le législateur, aveu et témoignage, peuvent alors être compris comme étant des procédés distincts d'établissement d'une filiation hors mariage, ce que ne manque pas de faire parfois la jurisprudence.

De toute cette ambiguïté, il résulte, en pratique, que le père est omnipotent, il peut élever à la « dignité d'enfant légitime », lorsqu'il le souhaite, un enfant né hors mariage, il peut également le laisser sans filiation paternelle et dans ce cas, il ne peut être inquiété, la recherche de paternité n'étant pas possible selon la loi, et ceci que le père soit ou non marié par ailleurs.

La situation a peu changé avec les réformes au Maroc et en Algérie. La nouveauté consiste en l'introduction de l'expertise scientifique comme moyen de preuve. Cette expertise est admise d'une façon générale pour la filiation en droit algérien, et seulement par l'époux en vue d'une contestation de la filiation au Maroc. Les dispositions du Code du statut personnel tunisien restent, quant à elles, inchangées, mais le droit, en matière de filiation, est profondément transformé par des lois spéciales non intégrées au Code. Le législateur va en effet permettre l'adoption et admettre la filiation naturelle.

3.B) La récente refonte du droit marocain et la réforme du Code de la famille algérien n'ont pas apporté de grandes modifications à la matière. L'adoption demeure expressément interdite dans les deux législations, et la filiation naturelle ne peut pas être établie à l'égard du père. En revanche, le législateur tunisien intervient assez rapidement pour introduire l'adoption (3.B.1), et beaucoup plus tard, pour permettre l'établissement de la filiation naturelle (3.B.2).

¹⁶ Ce recours à la chariâ a été également le fait parfois de la jurisprudence tunisienne. Voir BOUGUE-
RRA, Mohamed Moncef (2000) : « Le juge tunisien et le droit du statut personnel ». In *Actualités
Juridiques Tunisiennes*, p.7, plus spécialement p.63 et sv.

3.B.1) Le législateur règlemente l'adoption par la loi du 4 mars 1958¹⁷ qu'il n'intègre pas dans le Code, rompant ainsi avec la solution du droit musulman et bouleversant, par là même, les structures traditionnelles de la parenté. Cette filiation adoptive produit, en effet, les mêmes droits et les mêmes obligations que la filiation légitime, et l'article 14 prévoit expressément que l'adopté prend le nom de l'adoptant. L'adopté est ainsi bel et bien introduit dans la lignée généalogique de l'adoptant, ce qui modifie la conception juridique de la famille. La famille n'est plus seulement une fondée sur le sang, la famille peut être fondée sur la volonté et l'affection.

L'économie de la loi fait de l'adoption une institution toute règlementée dans l'intérêt de l'enfant : il doit vivre dans une famille normalement constituée. Les conditions posées par la loi démontrent que telle était l'intention du législateur. Les conditions relatives à l'enfant se ramènent à peu : peut être adopté, tout enfant mineur de l'un ou l'autre sexe. Les conditions relatives à l'adoptant tendent, quant à elles, d'une part à imiter la nature, d'autre part à créer un milieu favorable à l'épanouissement de l'enfant. L'adoptant doit être une personne majeure, mariée, ayant une différence d'âge de quinze ans au minimum entre elle et l'enfant à adopter. L'adoptant doit être de bonne moralité, sain de corps et d'esprit, jouissant de la pleine capacité civile et en mesure de subvenir aux besoins de l'enfant.

Le texte prévoit expressément qu'un tunisien peut adopter un étranger mais reste muet sur l'hypothèse inverse : l'étranger peut-il adopter un tunisien ? La jurisprudence apporte une réponse affirmative à la question mais elle ajoute une condition supplémentaire non prévue par la loi. Elle exige une identité de religion entre adoptant et adopté, plus précisément, elle exige que l'adoptant d'un enfant supposé musulman soit lui-même musulman. En pratique, cela se traduit par l'exigence de production d'un certificat d'islamisation. En effet, les ressortissants des pays musulmans ne peuvent, en raison de l'interdiction qui perdure dans leur loi nationale, adopter des petits tunisiens, les étrangers candidats à l'adoption sont, par conséquent, ressortissants de pays occidentaux et le plus souvent non musulmans.

On voit ainsi paradoxalement la réintroduction de l'Islam dans une institution prohibée par le droit musulman. Le juge applique la loi de l'État mais replace la question dans un cadre religieux.

¹⁷ Loi n°58-27 du 4 mars 1958 relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse et à l'adoption.

3.B.2) Le législateur tunisien ne se penche sur la question de la filiation naturelle que tardivement par la loi du 28 octobre 1998. Là, également, le législateur traite de la question dans une loi spéciale non intégrée au Code. De plus, c'est de manière « furtive » qu'il le fait, puisqu'il n'annonce pas clairement l'objet de la loi. L'intitulé de la loi ne vise que « l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue ». En réalité, cet intitulé est trompeur. Il s'agit bel et bien de permettre la recherche et l'établissement de la filiation naturelle à l'égard du père¹⁸. L'établissement de la filiation constitue un préalable à l'attribution du nom. Le lien entre l'enfant et son père peut être établi par l'aveu de ce dernier, le témoignage ou par test d'empreintes génétiques, l'attribution du nom vient par la suite, n'étant qu'un effet, une conséquence de la filiation.

Désormais, à l'égard du père, la filiation n'est pas nécessairement toujours légitime. La filiation peut être légitime ou naturelle, elle peut même être adultérine, rien n'empêchant en effet l'établissement de la filiation d'un enfant à l'égard d'un homme engagé dans les liens du mariage avec une autre femme que la mère de l'enfant.

Le législateur tunisien n'a plus ainsi une approche unitaire de la famille. Celle-ci n'est plus uniquement fondée sur le sang et le mariage. La famille peut être adoptive et c'est là une entorse à la biologie, elle peut être naturelle et c'est là une entorse à la légitimité¹⁹.

■ 4 LES SUCCESSIONS

Les législateurs des trois pays ont été, tout comme les autres législateurs arabo-musulmans, fidèles au droit musulman pour les successions. Les données scripturaires sont en effet, en la matière, assez détaillées et laissent peu de place à l'interprétation. L'idée qu'il s'agit de règles intangibles auxquelles il convient de se plier est fortement ancrée dans les esprits et explique cette situation. Pour beaucoup, la question successorale relève du dogme. Aussi retrouve-t-on dans les législations des trois pays les mêmes concepts, les mêmes distinctions, les mêmes mécanismes, les mêmes modes d'exposition et les mêmes principes.

¹⁸ MEZGHANI, Ali (2005) : « Le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels. A propos de la loi n°98-75 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue ». In *Mouvements du droit contemporain. Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*. CPU, p. 651.

¹⁹ MEZIOU, Kalthoum (2005) : « Approche critique du Code du statut personnel ». In *Mélanges offerts au Doyen Abdelfattah Amor*. CPU, p.815.

Les règles de dévolution sont impératives et présentent un caractère d'ordre public, la volonté du de cujus ne peut pas déroger ni en modifier le régime, sa liberté de tester se trouve limitée dans les proportions du tiers de l'actif successoral, mais il ne peut en disposer pour avantager un héritier au détriment d'un autre²⁰. Tout ce dont il n'a pas disposé au profit d'étrangers se trouve nécessairement réparti selon les règles préétablies entre les membres de la famille, les héritiers ne peuvent être exhéredés et le de cujus ne peut changer l'ordre légal selon lequel ils interviennent à la succession. Ces règles perpétuent la prédominance de la lignée agnatique. On retrouve la distinction fondamentale entre héritiers « fardh » et héritiers « aceb » ; les héritiers fardh ont droit à des quotes-parts fixées par la loi, celles-ci varient en fonction de la présence et du nombre d'autres héritiers, les héritiers aceb sont normalement les mâles parents du défunt par les mâles, ils ont vocation à recueillir la totalité de la succession. Les deux catégories ne sont pas étanches ; certains successibles sont tantôt fardh, tantôt aceb, d'autres peuvent cumuler les deux qualités : ils interviennent en tant que fardh pour recevoir une quote-part et sont ensuite agnatisés et recueillent le reliquat de la succession. Enfin, le privilège de masculinité est maintenu : à parenté égale et sauf exception, l'homme reçoit le double de ce que reçoit la femme.

Ce schéma classique se trouve quelque peu perturbé par l'introduction dans les législations des trois pays de deux mécanismes inconnus du rite malékite : le legs obligatoire (4.A) et le Radd (4.B). Procédant par Talfiq, les législateurs puisent des solutions dans les autres rites. Mais alors qu'ils restent tous classiques pour le legs obligatoire en ce sens qu'ils le reprennent tel qu'il se trouve dans le rite zâhirite, le législateur tunisien introduit des innovations pour le Radd et en fait un mécanisme révolutionnaire.

4.A) Le legs obligatoire se fonde sur une interprétation donnée par Ibn Hazm et l'école zâhirite d'un texte coranique : « Il vous est prescrit, à l'article de la mort, si vous laissez un bien, de tester au profit de vos père et mère et de vos proches de la manière reconnue convenable. C'est là une obligation pour ceux qui craignent Dieu ». Tenu pour abrogé par la majorité des juristes en raison de dispositions plus tardives sur les successions, le verset imposait, selon les zâhirites, une obligation de stipuler en faveur des proches non successibles. Ibn Hazm soutenait, quant à lui, que l'abrogation ne concernait que la partie traitant du père et de la mère et que l'obligation était maintenue au profit des proches parents. Aussi convenait-il d'en user en faveur des petits-enfants.

²⁰ Sauf accord de tous les héritiers.

Le legs obligatoire n'est pas un legs²¹ ; il n'est pas subordonné à l'existence d'un testament et s'impose même à l'encontre de la volonté du de cujus. Il s'agit d'une institution par laquelle la loi, se substituant au de cujus, accorde aux enfants d'une personne prédécédée une part de la succession de leurs grands-parents au lieu et place de leur auteur suivant certaines conditions. Il permet de remédier à la situation à laquelle conduit le jeu des règles des évictions applicables dans la classe des descendants. Selon les règles classiques du rite malékite, les descendants d'un fils ou d'une fille prédécédé n'héritent pas en effet avec leurs oncles et tantes de leurs grands-parents. Sous couvert d'interprétation de la volonté du de cujus, le législateur va imposer, avec le legs obligatoire, la présence des petits-enfants dans la succession.

Le montant du legs est enfermé dans deux limites. Règle successorale, son montant correspond à la part qu'aurait recueillie l'auteur du bénéficiaire s'il était resté vivant ; legs cependant, cette part ne peut dépasser le tiers de l'actif successoral.

Cette technique a été reprise d'abord par le législateur égyptien en 1946, il a été suivi par la plupart des codificateurs musulmans avec pour chaque pays certaines variantes quant aux bénéficiaires. Le législateur algérien limite ces derniers aux « descendants d'un fils prédécédé », et sont donc exclus les descendants de la fille prédécédée. Dans la version initiale, la Moudawana marocaine retenait la même solution, le Code de la famille laisse inchangée la solution s'agissant des descendants du fils et étend le bénéfice du legs aux seuls enfants de la fille prédécédée à l'exclusion des autres descendants, les petits-enfants ne pouvant en profiter²².

Le Code du statut personnel tunisien ne fait pas de distinction entre descendants du fils ou de la fille, ils sont tous bénéficiaires du legs, mais il limite, dans les deux cas, le jeu du legs obligatoire à « la première souche des petits-enfants de l'un ou de l'autre sexe ». Dans les trois législations, cependant, suivant la règle classique, la petite-fille n'a que la moitié de celle qui revient au petit-fils.

L'introduction du legs obligatoire dans les différentes législations témoigne du fait que le fondement du droit successoral change lentement, il ne repose plus uniquement sur l'agnation. Avec le legs obligatoire, le sentiment d'affection fait

²¹ Le legs obligatoire est la terminologie la plus souvent utilisée. Cependant, le législateur algérien emploie les termes « héritage par substitution », mais le mécanisme demeure le même.

²² Articles 369 et 372 du Code de la famille.

son entrée dans le droit des successions. Cela est encore plus net avec la technique du Radd tel que conçu par le législateur tunisien.

4.B) Le Radd est la technique reprise du rite hanéfite selon laquelle, en l'absence d'héritier aceb et chaque fois que la succession n'est pas entièrement absorbée par les héritiers fardh, le reliquat fait retour à ces derniers et est réparti entre eux au prorata de leur quote-part. L'intégralité du patrimoine est attribuée aux héritiers fardh qui seraient servis deux fois et le Trésor se trouve écarté.

Le Code du statut personnel tunisien et la Moudawana marocaine ne prévoyaient pas dans leur version initiale le Radd et ceci conformément au rite malékite²³. Le législateur tunisien l'introduit dans le Code par la loi du 19 juin 1959 ; au Maroc, ce sera le Dahir du 29 octobre 1962, non intégré à la Moudawana, qui va prévoir que l'État, en l'absence d'héritiers agnats autres que le Trésor Public, abandonne ses droits successoraux au profit des héritiers fardh. Le Code de la famille algérien, qui intervient plus tard, prévoit le Radd, et le nouveau Code de la famille intègre la solution dans son article 349²⁴. L'un et l'autre restent classiques et reprennent la solution telle qu'elle existe dans le rite hanéfite. Le législateur tunisien se fait, quant à lui, innovateur et donne au Radd une orientation originale.

Selon l'alinéa 2 de l'article 143 bis : « La fille ou les filles, la petite-fille de la lignée paternelle à l'infini bénéficient du retour du surplus même en présence d'héritiers aceb par eux-mêmes, de la catégorie des frères, des oncles paternels et leurs descendants ainsi que du Trésor ». Cette disposition bouleverse, en fait, les fondements mêmes du droit successoral classique.

Selon les règles classiques reprises en 1956 par le législateur, en l'absence de descendance mâle, les filles et les petites-filles du de cujus n'ont pas droit à la totalité de la succession. Elles ne sont qu'héritières fardh, une fois leurs quotes-parts servies, le reste de la succession revient aux agnats, mâles parents du

²³ Les auteurs malékites estiment que la communauté de religion établit une sorte de parenté, aussi le Trésor qui représente la communauté des musulmans doit-il être considéré comme un héritier aceb, de sorte que les héritiers fardh étant servis, le Trésor vient à la succession et le Radd ne peut jouer. Les hanéfites considèrent, quant à eux, que la parenté ne s'établit que par le sang, le Trésor ne peut donc être héritier aceb, l'État intervient seulement à la succession comme souverain pour recueillir les biens vacants, aussi le Radd peut-il jouer en faveur des héritiers fardh.

²⁴ Selon l'article 349 al. 6 : « Toutefois, s'il existe un seul héritier à fardh, le reste de la succession lui revient ; en cas de pluralité des héritiers à fardh et que leurs parts n'épuisent pas l'ensemble de la succession, le reste leur revient selon la part de chacun dans la succession ».

défunt par les mâles, le père, les frères, les oncles paternels et leurs descendants. Avec l'article 143 bis al. 2, il y a une véritable exclusion de ces derniers par les descendantes du de cujus, filles et filles du fils qui voient ainsi une amélioration nette de leur situation, elles ont désormais, chaque fardh ayant reçu sa quote-part, droit à la totalité du reliquat. Désormais, mis à part le conjoint survivant, lorsque le de cujus laisse une descendance, c'est-à-dire, dans la grande majorité des cas, l'intégralité de la succession sera absorbée par la ligne verticale d'ascendants et descendants. Il en résulte un changement de perspective dans l'approche juridique de la famille. L'alinéa second réorganise les priorités dans la famille. Il affirme l'idée que la classe des descendants, même s'il s'agit de femmes, prime la classe des collatéraux, même s'il s'agit d'hommes.

Cette réforme ébranle les fondements du droit musulman classique reposant sur l'agnation²⁵. Les modifications apportées alignent en fait le droit successoral sur le droit de la famille ; elles traduisent, comme le reste du Code du statut personnel, le passage de la famille patriarcale agnatique à la famille nucléaire, conjugale, dominée par un sentiment d'affection²⁶.

■ 5 CONCLUSION

Aux termes de ce tour d'horizon nécessairement lacunaire, une interrogation s'impose à l'esprit. La codification du droit de la famille au Maghreb²⁷ et la lente convergence des solutions constatées en dépit des évolutions qui se font à des rythmes différents, ne conduisent-elles pas à terme à une sorte de droit maghrébin de la famille, différent de celui qui prévaut au Machrek ?

²⁵ MEZIOU, Kalthoum : « Approche iconoclaste du droit des successions ». In *Mouvements du droit contemporain. Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*, p. 907.

²⁶ MECHRI, Farouk (2002) : *L'enfant objet et sujet d'affection. Approche juridique et juridique des rapports parents-enfant en droit tunisien et en droit comparé*. CPU-Publisud.

²⁷ Dans certains pays arabes, le droit de la famille n'est pas codifié, le droit musulman s'applique toujours ; dans d'autres, la matière n'est que partiellement codifiée.

LA LOI ESPAGNOLE RELATIVE À LA RÉFORME DE LA SÉPARATION ET LE DIVORCE

Francisco Javier Forcada Miranda

*Magistrat du Tribunal de Première Instance n° 6 de Famille de
Saragosse (Espagne)*

Correspondant espagnol INCADAT

*Membre du Réseau d'experts en droit communautaire, domaine civile
et consommation, du Conseil Générale du Pouvoir Judiciaire*

*Correspondant Territoriale du Réseau Judiciaire Espagnole
de Coopération Judiciaire Internationale (REJUE Civil)*

*Membre du Réseau Judiciaire Européen Civil et Commercial,
de la Commission Européenne, comme « Autre Autorité Judiciaire »*

1 INTRODUCTION

En Espagne, les dernières réformes légales sur le droit au mariage et sur la séparation et le divorce représentent un virement de 180 degrés par rapport à la situation précédente.

Enfin, la Loi 15/2005, de 8 juillet, de modification du Code Civil et la Loi de Procédure Civile en matière de séparation et divorce, en vigueur depuis le 10 juillet 2005, et la Loi 13/2005, du 1er juillet, de modification du Code Civil sur le droit au mariage, en vigueur depuis le 3 juillet 2005, constituent le noyau d'une réforme interne qui a fait changer le cadre juridique préexistant, à mon avis pour passer à une meilleure situation.

Ces deux lois de réforme mentionnées sont très importantes pour comprendre le panorama espagnol actuel et elles font partie d'un vaste et récent procès de réformes légales en matière de mariage et famille en Espagne, qui a commencé en l'année 2000 et qui continue encore.

D'ailleurs, dans le domaine de l'Union Européenne, le droit de la famille a connu un grand développement suite à la création, de manière réelle, d'une vraie normative communautaire dans le domaine du droit international privé de la famille. Les Traités d'Amsterdam et Nice, en vigueur jusqu'à l'application du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, ont relancé la coopération judiciaire civile,

notamment sur le droit de la famille, afin que la libre circulation de personnes devienne plus effective.

■ 2 LA SÉPARATION ET LE DIVORCE DANS LE CADRE EUROPÉEN

Il est toujours convenable de comparer les réformes légales espagnoles dans le cadre de l'Union Européenne ; il faut donc s'approcher à la régulation de la séparation, la nullité et le divorce dans le cadre socioculturel européen autour de la société espagnole.

Dans le domaine de l'Union Européenne le divorce est permis dans tous les pays sauf à l'île de Malta (qui reconnaît les arrêts de divorce prononcés par les tribunaux étrangers), et on a tendance, dans les situations familiales critiques, à privilégier le rôle du commun accord ou du consentement face aux systèmes de divorce basés sur la culpabilité ou la sanction. À ce propos, la dernière réforme française consacre cette tendance, à l'égale de la réforme espagnole dont on va analyser. Mais il y a toujours des différences entre les législations des pays membres dans le domaine, où la régulation des causes de divorce inclue l'acceptation du divorce par commun accord, l'acceptation du divorce que en cas de constatation de rupture irrévocable du mariage, des systèmes basés sur le divorce sanction, sur la séparation préalable de fait, et des systèmes comme le suédois, finlandais et espagnol actuel, qui n'exigent pas la concurrence d'une cause précise pour le divorce.

En ce qui concerne le divorce de commun accord, certains pays exigent une période préalable de séparation de fait : 6 mois en Autriche ; 6 mois ou un an, selon le cas, au Danemark ; 5 ans en Chypre ; 2 ans en Belgique ; 4 ans en Irlande... La rupture irrévocable du lien conjugal, même en absence de culpabilité, est la seule cause de divorce, par exemple, en République Tchèque, Allemagne, Hongrie, Italie, Pologne, Slovaquie, Slovénie, Pays Bas et Royaume Uni, et coexiste dans d'autres pays avec d'autres causes. Le divorce basé sur la culpabilité est prévu en Belgique, France, Luxembourg, Autriche, Portugal, Danemark, Chypre et Lituanie. Le Royaume Uni ne prévoit pas le divorce basé sur la culpabilité, mais des situations telles que l'adultère, le comportement irrationnel et l'abandon peuvent faire partie de la rupture irrévocable du lien conjugal. La séparation préalable de fait devient une cause autonome de divorce en Belgique, France, Danemark, Irlande, Luxembourg, Portugal, Chypre, Lettonie et Lituanie. Enfin, pour les cas espagnol, suédois et finnois, il n'est plus nécessaire une cause pour le divorce, mais l'écoulement, selon les cas, d'un certain délai.

La situation en Irlande est complètement différente à celle existante en Espagne, Suède et Finlande. En Irlande la séparation, la nullité et le divorce sont prévus, mais le divorce est seulement octroyé si, à la date de commencement de la procédure, les deux conjoints ont vécu séparément pendant une période minimale de quatre ans parmi les cinq derniers, si la réconciliation entre les époux n'est pas prévue et si le tribunal estime convenables les mesures proposées par rapport aux enfants et à toute autre personne prévue dans la loi ; cela inclut les enfants entre 18 et 23 ans en cours d'études et au-delà de 18 ans pour les enfants atteints des troubles mentaux ou physiques leur empêchant de suivre une vie autonome. Les tribunaux ont pouvoir pour décider le divorce après avoir vérifié les critères cités, la réponse à la demande n'est pas requise. C'est-à-dire, ces exigences existent aussi pour les divorces en commun accord.

En Suède et Finlande, la réforme espagnole fait l'objet d'une explication ultérieure, la séparation et la nullité ne sont pas prévues, le divorce est la seule forme reconnue de dissolution du lien conjugal. En Finlande, depuis 1987, la loi est basée sur le divorce à la demande, où chaque conjoint a le droit d'obtenir le divorce après avoir fait une demande individuelle ou conjointe des deux époux. En Suède, le divorce a lieu même si les deux époux ne sont pas d'accord sur le divorce. En Suède et Finlande une cause pour le divorce n'est pas requise, mais l'écoulement d'un certain délai. En Finlande, le divorce n'est pas normalement octroyé de manière immédiate ; d'abord, une période de réflexion de 6 mois est exigée, ensuite, une fois écoulé cette période, la demande de divorce peut être déposée. La cour n'a pas de pouvoir discrétionnaire pour rejeter la demande de divorce ou reporter l'adoption de la décision. Cette demande doit être effectuée après la période de réflexion de 6 mois et présentée dans le délai maximal d'un an depuis le commencement de la période de réflexion de 6 mois, autrement, la demande de divorce sera rejetée et l'époux souhaitant le divorce devra commencer à nouveau les démarches. En Suède le divorce doit être précédé d'une période de 6 mois si un des conjoints habite indépendamment avec un mineur de 16 ans dont il a la garde, et si l'un des deux souhaite le divorce. Cette période, dite de considération, est toujours exigée en Finlande. En Suède, elle ne l'est que dans le cas où un des époux aurait la garde d'un mineur de 16 ans, ou l'autre conjoint s'opposerait au divorce. La période de considération n'est pas exigée quand la demande de divorce est basée sur le consentement des deux conjoints et les époux n'ont pas la garde des mineurs de 16 ans.

Dans certains pays il est même possible de demander le divorce par consentement mutuel à une autorité administrative, c'est le cas du Portugal, de l'Estonie et le Danemark. Au Danemark la séparation et le divorce peuvent être obtenus

par deux moyens : par décision judiciaire ou par un décret administratif ou *bevilling* ex article 42.1 de la Loi 148 de 8 mars 1991. Cette séparation ou divorce, eus par décret administratif, produisent les mêmes effets juridiques qu'un jugement, mais le décret administratif n'a lieu que quand les deux conjoints acceptent de commun accord que la séparation ou le divorce soient décrétés par voie administrative et en conformité avec le contenu des articles 46, 49 et 54-56 de la loi mentionnée. Ces décrets administratifs sont signés par le Ministère de la Justice ou le Service (*statsamt*) compétent, habilité à cet effet par le ministre de la Justice. Le *statsamt* est l'organe administratif supérieur dans chacune des 14 régions administratives danoises, et il est doté de certaines compétences en matière de droit de la famille et statut personnel. Cet organisme essaie d'obtenir un accord des parties qui apparaît sur un document approuvé par la Direction Générale Civile ou *Civilretsdirektoratet*.

La séparation est prévue dans certains pays comme la France, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays Bas, le Portugal, le Royaume Uni, l'Italie, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Lituanie, la Pologne et Malte. La notion de séparation n'existe pas en Allemagne, Autriche, Grèce, Finlande, Suède, République Cheque, Estonie, Lettonie, Slovaquie, Slovénie, Chypre, Roumanie, Bulgarie et Hongrie. La séparation peut devenir divorce en Belgique après 3 ans, au Danemark après 1 an, en France après 3 ans, en Italie après 3 ans, en Lituanie après un an, en Luxembourg après 3 ans, au Portugal après 2 ans et en Espagne, avant la dernière réforme sur le divorce, après des périodes de 1 à 5 ans. La séparation ne devient pas divorce en Irlande, Pays Bas, Pologne et Royaume Uni.

Tous les États membres, sauf la Suède et la Finlande, prévoient la nullité matrimoniale, si bien elle est basée sur des causes différentes qui parfois impliquent la rétroactivité des effets à la date du mariage et qui, dans d'autres pays, ne produisent que des effets *ex nunc* à compter de la date de la nullité.

La normative de droit internationale privé et l'analyse de la régulation des normes de conflit internes qui détermineront l'application éventuelle d'une loi, par exemple à un cas concret de divorce, deviennent des aspects de toute importance. Dans ce domaine, ils existent aussi des différences entre les pays de l'Union Européenne et de diverses normes de conflit nationales. Dans certains pays tels que l'Autriche, la Belgique, l'Estonie, l'Allemagne, la Grèce, l'Hongrie, l'Italie, la Lituanie, le Luxembourg, les Pays Bas, l'Espagne, la République Cheque, la Pologne, le Portugal, la Slovaquie et la Slovénie, on applique une échelle de facteurs de connexion entre les parties. Dans d'autres pays tels que le Royaume Uni, l'Irlande, la Suède, la Finlande, le Danemark, le Chypre et la Lettonie on applique systématiquement la loi du for aux procédures de divorce,

mais la loi écossaise et suédoise permettent de tenir en compte la loi étrangère dans certaines circonstances. La France possède un système tout particulier ; la loi française est appliquée quand les deux époux ont la nationalité française ou en tant qu'une loi étrangère ne demande pas la compétence pendant que le procès se déroule devant un tribunal français. Dans quelques pays, les parties ont une possibilité limitée de choisir la loi applicable, c'est le cas de l'Allemagne, les Pays Bas et la Belgique. En Allemagne cette possibilité n'est prévue que quand les deux époux n'ont pas la même nationalité et aucun d'entre eux est ressortissant de l'État de résidence habituelle des parties, ou quand les époux ont leur résidence dans des pays différents. Aux Pays Bas, et dans certaines circonstances, on permet aux époux de choisir entre l'application de la loi de sa nationalité commune ou la loi néerlandaise. En Belgique, les parties ont le choix entre la loi du pays dont l'un d'entre eux est ressortissant ou la loi belge. En Espagne on peut appliquer la loi du for si l'un des conjoints est espagnol ou résident en Espagne et si la demande est faite de commun accord.

Enfin, dans le cadre de l'Union Européenne il n'existe pas encore des dispositions communautaires sur la législation applicable au divorce. En effet, le Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n°1347/2000, ne mentionne pas cette matière. Il existe une proposition de Règlement Communautaire du 17 juillet 2006 pour l'abrogation du Règlement (CE) n°2201/2003 en ce qui concerne la compétence et on introduit des normes relatives à la loi applicable en matière matrimoniale. Cette proposition serait la prolongation du Livre Vert sur la législation applicable et la compétence en matière de divorce du 14 mars 2005.

■ 3 LA RÉFORME ESPAGNOLE

La Constitution espagnole de 1978, dans ses articles 32 et 38, prévoit le droit au mariage et la protection de la famille. Après celle-ci, et une fois souscrits les Accords avec le Vatican du 3 janvier 1979, la Loi 30/1981, du 7 juillet, a modifié la régulation du mariage dans le Code Civil ainsi que la procédure à suivre dans les affaires de nullité, séparation et divorce. L'admission du divorce en tant que cause de dissolution du mariage constitue l'axe centrale de la Loi 30/1981, au sein de laquelle et, suite à un procès d'une grande complexité, on pouvait toujours observer des caractéristiques issues de l'ancien model de séparation-sanction. L'exposé de la Loi 15/2005, du 8 juillet, mentionne que les dispositions de la Loi 30/1981, en vigueur en Espagne pendant presque un quart de siècle,

considéraient le divorce comme un dernier recours. La cessation effective de la convivialité ou la violation continue ou grave des devoirs conjugaux devaient être démontrés pour avoir accès au divorce. Le mariage ne pouvait pas être dissolu suite à l'accord des conjoints.

Des nos jours, on peut affirmer que l'Espagne se trouve à la tête de l'Europe par rapport aux pays qui imposent le moins d'obstacles aux époux dans une crise matrimoniale. Face à des systèmes de divorce comme sanction et divorce comme solution, le système espagnol préconise ce qu'un certain secteur de la doctrine qualifie de « divorce express » ou divorce comme répudiation.

La Loi 15/2005, dans son exposé, justifie son objectif dans le respect au libre développement de la personnalité et reconnaît une plus grande importance à la volonté de la personne qui ne souhaite plus d'être liée à son conjoint, qui ne doit plus démontrer l'existence d'une cause quiconque. Ce fait pourrait apparaître comme une annulation des droits et devoirs réciproques au sein du mariage, en dehors du cadre étique et/ou moral, même si maintenant le législateur tend à imposer la co-responsabilité dans le partage des tâches dans le foyer dans l'article 68 du Code Civil. La séparation et la nullité continuent à exister, et en aucun cas on impose un délai de réflexion temporaire pour le divorce et la séparation. Une fois écoulés trois mois dès la célébration du mariage, sans oublier l'exception prévue à l'article 81.2° du Code Civil, le juge peut décider la séparation et le divorce suite à la demande d'un des conjoints. C'est ainsi qu'en Espagne apparaît le divorce sans cause, très loin du compromis bilatérale exigé aux parties pour avoir accès au mariage. Il n'y a pas de raison précise qui puisse expliquer le recours à ce délai de trois mois.

Au-delà des arguments à faveur et en contre, c'est vrai que la loi en vigueur rend plus rapides les démarches de toute rupture, les coûts diminuent et les conflits matrimoniaux peuvent être résolus d'une manière plus simple. Il faut mettre en valeur ces deux avantages évidentes pour le citoyen : la diminution des coûts et la célérité dans la résolution de la crise matrimoniale.

■ 4 LES ASPECTS PLUS REMARQUABLES DE LA RÉFORME ESPAGNOLE

Le système espagnol précédant à la réforme de 2005, instauré par la Loi 30/1995, du 7 juillet, abrogeant la régulation du mariage dans le Code Civil et établissant le procès à suivre dans les causes de nullité, séparation et divorce, pour la séparation, exigeait une cause prévue dans la loi, telle que l'abandon injustifié du foyer, l'infidélité conjugale, etc., ou la cessation de la convivialité pendant des

périodes de six mois, deux ans ou trois ans selon les cas. Après la première année de mariage, la séparation à instance des deux parties était possible ou d'un seul conjoint avec le consentement de l'autre. Le divorce pouvait être demandé par les deux parties ou était contentieux, et notamment basé sur une cause. L'article 86, introduit par la Loi 30/1981 du 7 juillet, prévoyait cinq possibilités qui impliquaient la concurrence d'une cause suffisante ou une séparation de fait préalable pendant un certain délai.

Les articles 81 et 86 du Code Civil contiennent les aspects fondamentaux de la Loi 15/2005 :

- Article 81. « La séparation sera décrétée judiciairement, indépendamment de la forme de célébration du mariage : 1. A la demande des deux conjoints ou de l'un deux avec le consentement de l'autre, une fois passés trois mois à partir de la conclusion du mariage. La demande devra être accompagnée d'une proposition de convention rédigée conformément à l'article 90 de ce code. 2. A la demande de l'un des conjoints, une fois passés trois mois à partir de la conclusion du mariage. Le déroulement de ce délai ne sera pas requis pour déposer la demande s'il existe la preuve d'un risque pour la vie, l'intégrité physique, la liberté, l'intégrité morale ou la liberté et indemnité sexuelle du conjoint requérant ou des enfants des deux ou de l'un des époux. La demande devra être accompagnée d'une proposition fondée des mesures qui doivent réguler les effets dérivés de la séparation ».
- Article 86. « Le divorce sera décrété judiciairement, indépendamment de la forme de célébration du mariage, à la demande de l'un des conjoints, des deux ou de l'un d'eux avec le consentement de l'autre, si les conditions et les circonstances exigées par l'article 81 sont réunies ».

Il s'agit donc d'une normative simple et concise qui n'exige pas d'explications dont il faut citer le délai inexplicable de trois mois.

Le reste de nouveautés contenues dans le texte de la Loi 15/2005 cherchent à renfoncer la valeur de la libre volonté des parties. C'est ainsi qu'on exige que la réconciliation par laquelle le procès de séparation finisse soit communiquée au juge par les deux conjoints séparément, ce qui, par rapport au système précédent vient à renforcer le rôle de la volonté des conjoints. Les nouveaux articles 90 et 103 du Code Civil renforcent la notion d'exercice de la garde comme un droit-devoir qui concerne les deux conjoints. La réforme modifie aussi la régulation des droits de l'époux veuf pour les adapter à la nouvelle régulation de la séparation dépourvue d'un système de culpabilité.

En matière de pension par déséquilibre, il faut citer la pension compensatrice introduite dans l'article 97 du Code Civil par la Loi 30/1981, du 7 juillet. La Loi 15/2005, du 8 juillet, renforce le principe de liberté des conjoints dans le mariage, tel qu'on peut déduire de l'exposé de la loi et des articles 90, 91, 1255 et 1323 du Code Civil. La compensation prévue peut être une pension temporaire ou indéfinie, ou une prestation unique, selon la convention réglant les conséquences du divorce ou la déclaration judiciaire. En ce qui concerne l'établissement de la pension, l'alinéa 9 de cet article prévoit la concurrence de toute circonstance remarquable. Selon l'article 97 du Code Civil, dans sa rédaction suite à l'article 1, alinéa 9 de la Loi 15/2005 du 8 juillet, modifiant le Code Civil et la Loi de Procédure Civile en matière de séparation et divorce : « Le conjoint qui se trouve du fait de la séparation ou du divorce dans une situation de déséquilibre économique par rapport à la position de l'autre conjoint, qui implique une dégradation de sa situation durant le mariage, aura droit à une compensation qui pourra consister en une pension temporelle ou pour une période indéfinie, ou en une prestation unique, selon ce qui est déterminé par la convention ou par la décision judiciaire.

Dans l'absence d'un accord entre les conjoints, le juge déterminera dans sa décision le montant en tenant compte des circonstances suivantes :

1. Les accords entre les conjoints.
2. L'âge et l'état de santé.
3. La qualification professionnelle et les probabilités d'accès à un emploi.
4. Le dévouement passé et futur à la famille.
5. La collaboration avec son travail dans les activités commerciales, industrielles ou professionnelles de l'autre conjoint.
6. La durée du mariage et de la cohabitation conjugale.
7. La perte éventuelle d'un droit de pension.
8. Le capital, les moyens économiques et les besoins des deux conjoints.
9. Toute autre circonstance pertinente.

La décision judiciaire inclura les bases pour actualiser la pension et les garanties pour son efficacité ».

Il faut relever la possibilité d'établir une pension temporaire, et l'introduction d'une nouveauté, la prestation unique.

En ce qui concerne la médiation familiale, la Loi 15/2005, du 8 juillet, déclare dans son exposé l'établissement de la médiation en tant que recours volontaire alternatif de solution de conflits familiaux par commun accord, avec l'intervention d'un médiateur impartial et neutre. Cette loi introduit une nouvelle règle 7ème à l'article 770 de la Loi de Procédure Civile qui permet aux parties, de commun accord, la faculté de demander la suspension du procès de conformité avec l'article 19.4 de la Loi de Procédure Civile, afin de se soumettre à la médiation. Le Gouvernement, de sa part, s'est engagé dans la troisième disposition finale de la loi à remettre un projet de loi sur la médiation basée sur les principes établis par l'Union Européenne et, en tous cas, sur les principes de volontarisme, impartialité, neutralité et confidentialité, et dans le respect aux services de médiation créés par les communautés autonomes. La réforme modifie également l'alinéa 2 de l'article 777 de la Loi de Procédure Civile, afin de permettre l'apport ensemble à l'écrit initial de l'accord final du procès de médiation familial. Au-delà des normes qui régulent la médiation familiale à niveau autonome en Espagne, il est évident que la réforme actuelle implique une opportunité vitale et unique pour que le droit espagnol puisse régler d'une manière avancée la médiation familiale, en vertu de l'expérience déjà existante dans des pays de notre entourage et dans certaines communautés autonomes. Nous restons dans l'attente d'une future loi nationale de médiation, qui peut-être attend l'hypothétique transposition de la normative européenne actuellement en cours et constituée par la proposition de Directive du 22 octobre 2004 en matière civile et commerciale. Il ne faut pas oublier que à niveau de l'Union Européenne, le Règlement 2201/2003, dans son article 55 impose déjà la coopération entre autorités centrales « pour faciliter la conclusion d'accords entre les titulaires de la responsabilité parentale en recourant à la médiation ou à d'autres moyens, et faciliter à cette fin la coopération transfrontalière ». Curieusement, la Disposition finale troisième de la Loi 15/2005, du 8 Juillet, impose la médiation basée sur les principes établis dans les dispositions de l'Union Européenne, qui favorisent le recours à la médiation, et cependant en Espagne, en matière de violence conjugale, on a annulé le recours à la médiation dans la Loi contre la Violence de Genre en vigueur, vu que la Loi Organique 1/2004, du 28 décembre, de Mesures de Protection Intégrale contre la Violence de Genre, que dans l'article 44 sur la Compétence, ajoute l'article 87 de la Loi Organique 6/1985, du 1er Juillet, du Pouvoir Judiciaire, où on établit la compétence des Tribunaux de Violence, et que dans son alinéa 5 prévoit l'interdiction dans tous ces cas du recours à la médiation. Le Règlement 2201/2003 encourage le recours à la médiation en matière de responsabilité parentale pour la solution de conflits et selon l'article 46 du même Règlement les accords entre parties exécutoires dans l'État membre d'origine sont reconnus et rendus exécutoires dans les mêmes conditions que des décisions judiciaires. On encourage les parties à déclencher des accords

extrajudiciaires en matière de responsabilité parentale, des accords sous seing privé ou conclus devant une autorité.

En matière d'exploration/audition de mineurs, la réforme présente des nouveautés importantes. La Loi 15/2005, du 8 juillet, de modification du Code Civil et la Loi de Procédure Civile en matière de séparation et divorce, introduit des nouveautés sur la matière. L'article 92 du Code Civil imposait au juge « *l'obligation d'entendre aux mineurs dotés de discernement et au-delà de l'âge de douze ans* », et le juge « *d'office ou à demande des intéressés, pourra demander un rapport d'expertise* ». Le nouvel article 92 du Code Civil dans ses alinéas 2, 6 et 9 prévoyait :

« 2. Le juge qui doit adopter une mesure sur la garde, les soins et l'éducation des enfants mineurs, veillera à l'accomplissement de leur droit à être écoutés.

6. Dans tous les cas, avant d'accorder le régime de garde et de tutelle, le juge doit obtenir un rapport du parquet et écouter si nécessaire les mineurs ayant la capacité de jugement suffisante, que ce soit d'office ou à la demande du procureur, des parties ou des membres de l'équipe technique judiciaire, ou du mineur lui-même. Il doit également évaluer les allégations des parties lors de leur comparution, les preuves présentées et la relation que les parents entretiennent entre eux et avec leurs enfants pour déterminer leur adéquation avec le régime de garde.

9. Le juge, avant d'adopter l'une des décisions mentionnées dans les paragraphes antérieurs pourra, d'office ou à la demande des parties, obtenir l'expertise de spécialistes dûment qualifiés relatif à l'adéquation du mode d'exercice de la tutelle paternelle et du régime de garde des mineurs ».

Il faut aussi relever que la Loi 15/2005, du 8 juillet, règle pour la première fois en Espagne la façon de mener les explorations de mineurs à travers un nouveau paragraphe finale à l'alinéa 4 de l'article 770 de la Loi de Procédure Civile (LEC). Cette règle établissait que « les enfants mineurs ou incapables seront entendus s'ils ont du discernement et au-delà de l'âge de douze ans ». Le nouveau alinéa ajoute : « ...Dans les explorations de mineurs dans les procédures civiles le juge doit s'assurer que le mineur puisse être entendu dans les meilleures conditions pour la sauvegarde de ses intérêts, sans l'intervention des tiers, et en faisant appel exceptionnel aux experts s'il l'estime convenable ».

La même réforme en matière de séparations et de divorces consensuels abroge l'article 777.5 précédent qui établissait : « En cas d'enfants mineurs ou inca-

pables, le tribunal sollicitera un rapport du parquet sur les termes de l'accord relatif aux enfants et écouterait ces derniers, s'ils ont *la capacité de jugement suffisante et dans tous les cas, s'ils ont plus de 12 ans (...)* ». Selon le nouveau article 777.5 : « (...) 5. En cas d'enfants mineurs ou incapables, le tribunal sollicitera un rapport du parquet sur les termes de l'accord relatif aux enfants et écouterait ces derniers, s'ils ont la capacité de jugement suffisante et s'il l'estime nécessaire, que ce soit d'office ou à la demande du procureur, des parties ou des membres de l'Équipe Technique Judiciaire ou du mineur lui-même. Ces actions seront effectuées dans le délai mentionné dans le paragraphe antérieur ou, s'il n'a pas été ouvert, dans le délai de cinq jours (...) ».

Dans la nouvelle rédaction l'audition de mineurs ne semble plus obligatoire, au moins dans ce type de procès. Il est très important le fait que les mineurs ne soient pas obligés à se présenter devant le tribunal de façon indiscriminée dans les procès de séparation et divorce consensuels une fois dépassé l'âge de douze ans. L'expérience quotidienne dans les tribunaux, après l'entrée en vigueur de la nouvelle Loi de Procédure Civile, démontre que ce fait est innécessaire et n'apporte rien au développement du procès, si les personnes qui exercent la garde du mineur sont d'accord sur son exercice et si le Ministère Public et le juge veillent pour la légalité des mesures accordées par les parents sur les mineurs à sa charge. Les tribunaux ne sont pas dotés de structures adaptées pour les mineurs, et ceux-ci ne doivent pas assister de façon gratuite au tribunal.

En ce qui concerne la façon dont le juge entame l'exploration d'un mineur, la nouvelle normative est tout à fait insuffisante, même si elle a des bonnes intentions. On parle de garantir l'audition dans les meilleures conditions pour la sauvegarde des intérêts du mineur, mais sans expliquer dans quelles conditions. Les aspects importants qui normalement découlent d'une audition à mineurs ne sont pas prévus, à savoir, la valorisation de l'information à donner au mineur au cours de l'audition, ou l'articulation de sa représentation dans le procès et la forme à documenter le résultat de la déclaration. La nouvelle réforme prévoit que cette exploration soit faite sans interférences des tiers, et faisant appel à des experts quand il soit estimé nécessaire.

La question qui se pose maintenant est s'il serait possible ou pas d'empêcher la présence du Ministère Public. À mon avis, le Ministère Public doit toujours être présent dans toutes les explorations faites aux mineurs, car son rôle dans la matière est fondamental. Un autre sujet est la documentation de l'exploration. Dans les systèmes anglo-saxonnes on préfère d'éviter la représentation écrite des souhaits du mineur, mais en Espagne, les manifestations du mineur sont normalement documentées afin de rendre plus simple l'ultérieure motivation

de la décision du juge et de permettre aux parties de valoriser ces déclarations. En tout cas, il n'y a pas un seul critère. La façon dont cette documentation est rédigée, par qui et qu'est-ce qu'elle doit contenir, devienne une matière compliquée. Certains enfants ont une longue liste de faits qu'ils veulent transmettre au juge, et d'autres enfants sont très difficiles à rassurer et il devient très difficile de connaître ses espoirs ou émotions. Il est aussi très important de documenter les déclarations d'un mineur, afin de valoriser les dénégations de retour ou de décider un retour face aux situations de soustraction inter parentale de mineurs dans le cadre des nouvelles prévisions des articles 10 et 11 du Règlement 2.2.1/2003.

Tout cela reflète l'existence des problèmes réels dans chaque cas, au-delà de la valeur octroyée dans chaque pays ou entourage culturel à l'opinion des mineurs et indépendamment du fait que chaque pays puisse imposer un certain âge limite pour l'imposition d'une audition obligatoire.

En ce qui concerne les possibles manières à mener l'exploration d'un mineur, les systèmes de droit comparé sont très similaires. On peut citer les possibilités suivantes :

1. A travers un représentant désigné par le mineur. Cela exige une certaine maturité de la part du mineur et qu'il ait atteint un haut degré de discernement. L'article 9.2 de La Loi Organique 1/1996 prévoit ce type d'audition. Le représentant peut être toute personne dont le but est de transmettre la pensée du mineur. Le représentant ne peut pas être un conseil du tribunal et sa fonction doit se limiter à transmettre les souhaits du mineur, il ne doit pas avoir une autre intervention dans le procès.
2. Entretien du mineur par deux experts. Il se présente comme un mécanisme très logique complété par l'ultérieure déclaration de ces experts devant le juge et les parties au procès, au cours duquel ils apporteraient les données extraites de cette exploration, ainsi que son parère et opinion professionnelle.
3. Exploration faite par les représentants légaux ou des tiers. C'est une mesure logique dans des procès n'entraînant pas aucun conflit, tels que les séparations et les divorces de commun accord. Cela éviterait la présence innécessaire du mineur dans les locaux du tribunal. Le recours à des tiers inclurait des familiers, des professeurs d'école ou toute autre personne ayant un rapport de confiance avec le mineur. L'article 9.2 de la L.O. 1/1996 admet ce type d'audition.

4. Exploration du mineur faite par le juge. C'est la pratique légiste suivie en Espagne. Cela exige un certain degré de maturité de la part du mineur et doit permettre la seule présence du Ministère Public. C'est un système qui pose des problèmes de documentation, de constat et d'objectivité. Le nouvel article 770, 4^a in fine suite à la Loi 15/2005 continue avec ce système en prévoyant certaines garanties.

À niveau international, l'audition aux mineurs doit respecter deux paramètres : d'une part la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne, et d'autre part le cadre de la Convention Internationale des Droits de l'Enfant des Nations Unies de 1989. Le principe de sauvegarde de l'intérêt prioritaire du mineur est aussi consacré à l'article 8.14 de la Charte Européenne des Droits de l'Enfant (Parlement Européen A 3-0172/1992 du 8 juillet) qui signale que « toute décision familiale, administrative ou judiciaire, en ce qui concerne l'enfant, devra avoir comme objet prioritaire la défense et la sauvegarde de ses intérêts ». L'article 6 de la Convention Européenne sur l'exercice des droits du mineur de 1996, conditionne l'audition du mineur à ce qui ne soit pas manifestement contraire à son intérêt et à ce que le mineur ait une capacité de compréhension suffisante. La Convention de La Haye de 19 octobre 1996 prévoit la possibilité de refuser la reconnaissance, entre autres, si la mesure a été prise, hors le cas d'urgence, dans le cadre d'une procédure judiciaire ou administrative, sans qu'ait été donnée à l'enfant la possibilité d'être entendu, en violation des principes fondamentaux de procédure de l'État requis. La Recommandation du Conseil d'Europe N° R. (98) 1 sur la médiation familiale établit que le médiateur est tenu d'informer les parents sur le besoin de consulter aux enfants mineurs.

Au-delà de cette normative citée, la réalité démontre qu'à niveau international la façon d'entamer l'exploration au mineur varie d'un pays à l'autre. C'est ainsi qu'en Allemagne le juge est toujours tenu de faire la connaissance de l'enfant, même s'il n'a que 3 ou 4 ans. En Suède, le magistrat suédois ne retrouve jamais l'enfant, il s'en sert du rapport du travailleur social. En France, le juge de la famille a le pouvoir discrétionnaire de décider de voir ou non l'enfant personnellement. Au Malta, en cas de désaccord entre les parents, sur un domaine de toute importance, l'un des deux peut saisir le tribunal qui écoutera les enfants s'ils ont atteint l'âge de 14 ans. En Angleterre et Gales, l'enfant doit normalement comparaître devant un fonctionnaire du C.A.F.C.A.S.S. (Children and Families Court Advisory and Support Service), au-delà du procès, c'est ainsi qu'après l'examen, le fonctionnaire du C.A.F.C.A.S.S., informe oralement au juge ou tribunal. Au Canada il est rare que le juge de famille se réunisse personnellement avec le mineur et souvent on fait appel à un expert. L'article 34 du Code Civil du Québec mentionne que la cour, en tout procès touchant les

intérêts d'un mineur, lui donnera l'opportunité d'être entendu, bien sur, si son âge et pouvoir de discernement lui permettent de le faire.

Au sein de l'Union Européenne, le Règlement 2.201/2003 mentionne souvent l'audition au mineur, et notamment en se basant sur ses articles 23, 41 et 42 et sur les points 19 et 20 du préambule du Règlement. Le guide pratique élaboré par la Commission par le biais du Réseau Judiciaire Européen en matière civile et commerciale, indique que « le Règlement souligne l'importance de donner aux enfants l'occasion d'exprimer leurs vues dans les procédures qui les concernent. L'audition de l'enfant est l'une des exigences requises par l'abolition de l'exequatur pour les droits de visite et les décisions ordonnant le retour de l'enfant. Il est également possible de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision en matière de la responsabilité parentale au motif que l'on n'a pas donné à l'enfant concerné l'occasion d'être entendu. Le Règlement pose le principe qu'un enfant doit être entendu dans les procédures qui le concernent. A titre exceptionnel, un enfant peut ne pas être entendu si cela apparaît inapproprié eu égard à son âge et à sa maturité. Cette exception devrait être interprétée de manière restrictive. Le Règlement ne modifie pas les procédures nationales applicables en cette matière. En général, l'enfant doit être entendu d'une façon qui tienne compte de son âge et de sa maturité. Recueillir les vues des jeunes enfants requiert une expertise et des précautions particulières qui diffèrent de celles qui sont exigées pour procéder à l'audition d'un adolescent. Il n'est pas nécessaire que l'enfant soit entendu au cours d'une audience devant une juridiction : cela peut être effectué par une autorité compétente selon les lois nationales. Ainsi, dans certains États membres, l'audition de l'enfant est réalisée par un travailleur social qui présente un rapport à la juridiction dans lequel sont mentionnés les souhaits et les sentiments de l'enfant. Si l'audition a lieu dans une juridiction, le juge devrait chercher à l'organiser de façon à tenir compte de la nature du cas, de l'âge de l'enfant et d'autres circonstances. Dans toute situation, il est important de permettre à l'enfant d'exprimer ses vues en toute confiance. Que l'audition soit effectuée par un juge ou par une autre personne, il est nécessaire que tous puissent bénéficier d'une formation appropriée, par exemple pour apprendre à mieux communiquer avec les enfants et à être conscients du risque des pressions exercées par les parents. Lorsqu'une audition est effectuée convenablement et avec discrétion, elle peut permettre à l'enfant d'exprimer ses propres souhaits et d'être libéré d'un sentiment de responsabilité ou de culpabilité. L'audition de l'enfant poursuit des objectifs différents selon le type de procédure et son but. L'audition de l'enfant dans une procédure relative au droit de garde a pour objectif de déterminer l'environnement le mieux adapté à l'enfant. Dans un cas d'enlèvement, l'objectif est souvent d'identifier les objections que l'enfant pourrait avoir à son retour et de comprendre pourquoi ces

raisons se sont développées ; l'audition permet aussi de déterminer si l'enfant peut être en danger et, dans l'affirmative, de quelle façon. Dans les cas d'enlèvement, il existe toujours une possibilité que les parents essayent d'influencer l'enfant ».

Le Règlement 2201/2003 signale que l'audition de l'enfant joue un rôle important dans l'application du présent règlement sans que cet instrument ait pour objet de modifier les procédures nationales applicables dans la matière. L'audition d'un enfant dans un autre État membre peut être effectuée selon les modalités prévues par le règlement (CE) n°1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001. Mais on peut quand même affirmer que le Règlement essaie d'harmoniser les législations intérieures en imposant un droit d'audition qui n'est pas prévu dans la législation interne d'un pays. Une possibilité d'audition hypothétique s'impose.

En ce qui concerne la modification des mesures et la garde partagée, la Loi 15/2005 insiste sur deux aspects nouveaux. En matière de garde partagée, elle est admise en cas de désaccord des parents, circonstance qui n'était pas prévue selon la législation précédente, et la loi prévoit même la possibilité que dans des cas exceptionnels le juge, à la demande d'une des parties, et avec l'avis favorable du Ministère Public puisse décider la garde partagée comme seule mesure qui garantit l'intérêt du mineur. La loi exige ainsi qu'un des parents demande la garde partagée, et le nouvel alinéa 7 de l'article 92 prévoit que la garde partagée soit interdite en cas d'indices fondés de violence conjugale ou d'un procès pénal en cours. En réalité, il devient très difficile d'imposer la garde partagée si une des parties n'est pas intéressée. Il est déjà difficile de trouver des circonstances qui la rendent possible dans des procès de commun accord.

Pour la modification des mesures, l'actuel article 775.2 de la LEC, après la réforme, renvoi à l'article 770 de la LEC pour la modification de mesures. Le système précédent qui remettait le procès à la voie de l'article 771 de la LEC était aussi très efficace.

Il faut aussi signaler qu'on a seulement accompli en partie les deux prévisions législatives de développement de la Loi 15/2005. La loi nationale de médiation prévue dans la disposition finale troisième n'existe toujours pas. Et pour le fonds de garantie des pensions, prévue dans la disposition additionnelle de la Loi 15/2005, le *Real Decreto* 1618/2007 vient d'entrer en vigueur le 1er janvier 2008. Ce décret s'occupe de l'organisation et fonctionnement de ce fonds de garantie, dont le but est de garantir aux enfants mineurs le paiement des pensions reconnues et restées impayées.

■ 5 LE CONTEXTE LÉGISLATIF DE LA RÉFORME ESPAGNOLE

On ne peut pas comprendre le système de séparation et divorce en vigueur en Espagne en étudiant les lois mentionnées 13/2005 et 15/2005 d'une façon isolée. Depuis l'année 2000 jusqu'à nos jours, beaucoup de réformes législatives ont affecté le droit de la famille en Espagne. Afin de centrer un contexte réel de référence, il est intéressant d'énoncer sommairement ces réformes.

Dans le domaine du droit procédural, la Loi 1/2000 du 7 janvier de la Procédure Civile a changé le système procédural antérieur hérité de ladite Loi 30/1981 du 7 juillet. Cette nouvelle loi procédurale qui est entrée en vigueur en janvier 2001 mit fin à une situation déplorable de dispersion législative procédurale en matière de litiges matrimoniaux et les modernisa drastiquement, en accélérant les démarches et en imposant un système d'oralité et d'immédiateté agile qui a donné des résultats pratiques excellents. On trouve également la prévision des procédures rapides civiles en matière de droit de la famille en tant que mesure concernant les procès des mesures provisoires préalables et contemporaines et les procédures par consentement mutuel que la Loi Organique 19/2003 a introduit avec une nouvelle Disposition Additionnelle Cinquième ajoutée à la Loi de la Procédure Civile.

En ce qui concerne la loi applicable, un nouveau système est en vigueur en Espagne. La Loi Organique 11/2003, du 29 septembre sur les mesures concrètes en matière de sécurité citoyenne, violence domestique et intégration sociale des étrangers a donné une nouvelle rédaction aux articles 9.2 et 107 du Code Civil. Cette réforme a changé drastiquement le système de droit international privé en matière de loi applicable aux situations de crise matrimoniale en Espagne à travers d'une technique législative qui a entraîné des critiques.

L'ancien article 107 du Code Civil établissait que la séparation et le divorce se régissaient par la loi nationale commune des conjoints au moment de la présentation de la demande et faute d'une nationalité commune, par la loi de la résidence habituelle du ménage, et si les conjoints avaient leur résidence habituelle dans des États différents, par la loi espagnole, pourvu que les cours espagnoles étaient compétentes. De même, cet article signalait que les jugements de séparation et de divorce dictés par des cours étrangères produiraient des effets dans le système espagnol dès la date de leur reconnaissance conformément aux dispositions de la LEC. Ladite Loi Organique 11/2003, du 29 septembre, qui est entré en vigueur le 1er octobre 2003, a changé le système de détermination de la loi applicable en Espagne d'une façon radicale, et dans l'article 3.2 a modifié le Code Civil dans les termes suivants : « Article 3. Modification du Code Civil.

Un. Le paragraphe du chapitre XI du titre IV du livre I du Code Civil sera ainsi rédigé : *Loi applicable à la nullité, la séparation et le divorce*. Deux. Le deuxième paragraphe de l'alinéa 2 de l'article 9 du Code Civil sera ainsi rédigé : *La nullité, la séparation et le divorce se régiront par la Loi que l'article 107 détermine*. Trois. L'article 107 du Code Civil sera ainsi rédigé : *Article 107.1. La nullité du mariage et ses effets seront déterminés conformément à la loi applicable à sa célébration. 2. La séparation et le divorce se régiront par la loi nationale commune aux conjoints au moment de la présentation de la demande ; faute d'une nationalité commune, par la loi de la résidence habituelle commune du ménage en ce moment et à défaut, par la loi de la dernière résidence habituelle commune du ménage si un des conjoints résidait toujours habituellement dans cet État. En tout cas, on appliquera la loi espagnole quand un des conjoints sera espagnol ou résidera habituellement en Espagne : a) Si aucune des lois antérieurement mentionnées était applicable ; b) Si dans la demande présentée devant une cour espagnole la séparation ou le divorce est demandé par les deux conjoints ou par un d'eux avec le consentement de l'autre ; c) Si les lois indiquées dans le premier paragraphe de cet alinéa ne reconnaissaient pas la séparation ou le divorce ou le faisaient d'une façon discriminatoire ou contraire à l'ordre public.*

En ce qui concerne la violence de genre, la Loi Organique 1/2004, du 28 décembre sur les Mesures de Protection Intégrale contre la Violence de Genre, en vigueur depuis le 29 juin 2005, suppose un repère dans le chemin commencé par la Loi 27/2003, du 31 juillet qui règle l'ordonnance de protection des victimes de la violence domestique. Il ne faut pas oublier la Loi Organique 9/2002, du 10 décembre, de modification de la Loi Organique 10/1995, du 23 novembre du Code Pénal et du Code Civil sur l'enlèvement de mineurs en ce qu'elle donne une nouvelle classification pénale au délit de l'enlèvement international de mineurs et dans ce domaine elle modifie les articles 103 et 158 du Code Civil.

Dans le cadre de l'autorité parentale il faut remarquer la Loi 42/2003, du 21 novembre, de modification du Code Civil et de la Loi de la Procédure Civile en matière de relations familiales des petits-fils avec les grands-parents, en vigueur depuis le 23 novembre 2003, et la Loi 54/2007, du 28 décembre, d'adoption internationale, en vigueur depuis le 30 décembre 2007.

Finalement, et dans ce cadre géographique, il faut faire référence à la Convention de la coopération judiciaire en matière civile, commerciale et administrative entre le Royaume d'Espagne et le Royaume du Maroc du 30 mai 1997 et à la Convention entre le Royaume d'Espagne et le Royaume du Maroc sur l'entraide judiciaire, reconnaissance et exécution des résolutions judiciaires en matière de droit de garde et de visite et de remise de mineurs, fait à Madrid le 30 mai 1997.

6 LA LOI 13/2005, DU 1^{er} JUILLET, PAR LAQUELLE ON MODIFIE LE CODE CIVIL EN MATIÈRE DE DROIT AU MARIAGE

Il me semble nécessaire de consacrer quelques lignes à cette matière qui a été tellement liée en Espagne à la réforme de la séparation et du divorce. En Espagne, et face à la littéralité de l'article 32 de la Constitution Espagnole (CE), la Loi 13/2005 du 1^{er} juillet justifie la possibilité du mariage entre des personnes de même sexe, sur le principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination en raison du sexe de l'article 14, et sur les valeurs et les principes constitutionnels relatifs au libre développement de la personnalité protégés par les articles 9.2 et 10.1 de la CE. Dans le domaine international, on observe des symptômes clairs d'ouverture sur cette matière, comme on remarque lors d'une simple approche à l'ensemble :

1. Les États qui admettent les mariages entre des personnes de même sexe, avec le même nom et les mêmes effets que pour les personnes hétérosexuelles sont : la Hollande, Loi du 2 avril 2001 ; la Belgique, Loi du 13 février 2003 ; l'Espagne, Loi 13/2005, du 1^{er} juillet et le Canada, Loi du 20 juillet 2005.
2. En Afrique du Sud ce droit a été proclamé à travers une déclaration judiciaire par la Cour Supérieure de l'Afrique du Sud en 2002 et par l'arrêt de la Cour Suprême de Prétoria du 30 novembre 2004. La Cour Constitutionnelle de l'Afrique du Sud, par rapport à l'arrêt antérieur et dans un jugement du 1^{er} décembre 2005, a déjà déclaré que l'exclusion légale des mariages entre des personnes de même sexe par la loi sud-africaine représentait une difficulté évidente et une discrimination par rapport aux couples hétérosexuels et a donné au pouvoir législatif un délai d'un an pour modifier la loi interne. Si après le délai de douze mois accordé par la cour au parlement le texte ne s'était pas modifié, les cours appliqueraient la modification de fait automatiquement.
3. Le cas des États Unis d'Amérique est très particulier. À peu près 19 États ont des amendements qui interdisent de façon expresse le mariage entre des personnes de même sexe, en réservant l'institution matrimoniale pour des personnes de sexe différent. Quelques États définissent le mariage uniquement entre des personnes de sexe différent et seulement un très petit nombre d'États interdit toute reconnaissance légale des unions entre des personnes de même sexe qui puisse être équivalente au mariage civil. La doctrine cite l'admission de ces unions par les cours de quelques États comme Vermont, Alaska, Hawaï et Massachusetts face à d'autres États qui les interdisent de façon expresse comme Arizona, Californie, Colorado et Delaware. Le mariage

entre des personnes de même sexe est légal à Massachusetts depuis le 17 mai 2004.

4. De nombreux États assument l'existence d'unions civiles entre des personnes de même sexe et les régissent avec les mêmes effets juridiques que le mariage, mais sans les désigner avec le mot mariage. C'est le cas de certains États des EU, la Suède, le Danemark, la Norvège, la Nouvelle Zélande et l'Allemagne.
5. La France, l'Italie, le Portugal et d'autres États reconnaissent des effets juridiques aux unions entre des personnes de même sexe mais ne considèrent pas ces unions comme des mariages ni leur accordent les mêmes effets juridiques qu'au mariage.
6. Finalement, il ne faut pas oublier que dans certains pays le mariage entre des personnes de même sexe est illégal et fortement puni, comme en Mauritanie, Soudan, Arabie Saoudienne, Yémen et Iran, où l'homosexualité est sévèrement punie avec des peines plus dures que dans d'autres pays qui ne l'admettent pas comme l'Inde, la Somalie, la Birmanie, la Libye, l'Angola et le Nigeria.

En ce moment, en Espagne, à l'intérieur du cadre légal créé par la Loi 13/2005, la polémique relative aux mariages entre des personnes de même sexe et leurs conséquences internationales est brûlante, en ce qui concerne les effets que ce genre de mariages célébrés en Espagne produisent dans le reste des États, en particulier dans l'Union Européenne. On peut déjà avancer que les différents systèmes de droit international privé internes sont parfois un obstacle clair à la libre circulation des personnes. De même, en Espagne s'est posée la question si deux personnes de même sexe pouvaient se marier quand une était espagnole et l'autre étrangère. On peut remarquer que le législateur espagnol n'a pas réglé ni résolu, comme il aurait pu le faire, les problèmes de droit international privé avec une réglementation positive, comme l'a fait le législateur belge par exemple. La doctrine semble être majoritairement affirmative à la question et, effectivement, telle est la thèse défendue par la Résolution Circulaire du 29 juillet 2005 de la Direction Générale des Registres et du Notariat d'Espagne. Indépendamment qu'on utilise la théorie de la thèse anti-blocage ou thèse belge, expressément prévue dans l'article 46 de la loi belge du 16 juillet 2004, ou qu'on utilise la thèse de l'ordre public international absolu ou la thèse de la qualification positive utilisée par la Résolution Circulaire mentionnée, on arrive à une solution positive au problème similaire à celle qui est suivie par le droit hollandais qui permet le mariage entre des personnes de même sexe en Hollande par application du droit hollandais si au moins un des deux conjoints a sa ré-

sidence habituelle en Hollande. Le problème apparaît au moment de déterminer les effets réels de ces mariages célébrés par exemple en Espagne, dans d'autres pays, par exemple de l'Union Européenne, où les lois internes ne permettent pas le mariage entre des personnes de même sexe, car en croisant la frontière la loi applicable à leur situation change et la nouvelle loi applicable à cette situation juridique crée en Espagne peut considérer ce mariage comme non valable ou inexistant. Il y a donc, un clair problème juridique qui affecte frontal et directement à la libre circulation des personnes à l'intérieur de l'Union Européenne, ce qui est du moins surprenant dans l'actualité.

On sait que l'exequatur a été supprimé dans de nombreux domaines de la coopération judiciaire civile et que les institutions communautaires travaillent très sérieusement pour développer et mettre en place le programme de la reconnaissance mutuelle. De plus, la possibilité d'unifier ou de communautariser le droit international privé est évidente. Pour cela, il ne serait pas étrange que, étant donnée la tendance actuelle, si le projet constitutionnel avait prospéré, on puisse bientôt envisager le besoin d'un futur Règlement ou Loi Cadre sur la loi applicable au mariage et sa reconnaissance, en sauvant même la possibilité de respecter le désir hypothétique de certains États de maintenir la position de ne pas reconnaître ce type de mariages entre des personnes de même sexe qui auraient eu lieu légalement dans d'autres États. Cette idée ne semble pas insensée car le Règlement 1347/2000 a déjà obtenu des réussites extrêmement importantes ayant une transcendance similaire, en réglant les problèmes de la litispendance et en obligeant à un État à décliner sa compétence face à un autre où une des parties aurait présenté une demande de nullité antérieure dans le temps, même si l'institution de la nullité n'était pas admissible dans l'État dans lequel une des parties aurait présenté une demande de divorce mais postérieurement.

■ 7 LE CADRE DE L'UNION EUROPÉENNE

En relation avec le paragraphe antérieur, à l'intérieur de l'Union Européenne la circonstance qu'une situation matrimoniale puisse ne pas être reconnue dans un autre État, uniquement par le fait qu'une des personnes concernées croise la frontière, est une situation anormale et qui concerne directement le droit de tout citoyen de l'Union de circuler et de résider librement dans le territoire des États membres conformément à l'article 18 du Traité instituant la Communauté Européenne. Voilà la raison qui a mené le législateur communautaire à créer des règles uniformes de droit international privé valables pour tous les États membres, dans le cadre de l'article 65 du Traité, pour des cas transfrontaliers et dans la mesure nécessaire pour atteindre les objectifs fixés là-bas.

On parle ainsi de communautarisation du droit international privé, ce qui est un besoin de la citoyenneté de l'Union et une claire exigence pour atteindre l'intégration européenne et même on observe déjà l'insuffisance de l'unification exclusive des règles de conflits de lois des États membres et on constate le besoin obligé d'une unification progressive des législations des États membres. C'est peut-être à ces postulats que donne réponse l'actuelle proposition de règlement sur la loi applicable à la séparation et divorce et de réforme du Règlement 2201/2003. En matière de droit de famille, le pilier central sur lequel pivote la réglementation de l'Union Européenne est le Règlement (CE) n°2201/2003 du Conseil, du 27 novembre 2003, sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des résolutions judiciaires en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, qui abroge le Règlement (CE) n°1347/2000, du Conseil, du 29 mai 2000, sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des résolutions judiciaires en matière matrimoniale et de responsabilité parentale sur les enfants en commun. Même sur cet instrument il était déjà notoire que les prévisions de développement du Livre Vert sur la loi applicable et la compétence sur les affaires de divorce (Rome III, 13.03.2005) menaient à considérer que les institutions communautaires envisageaient une prompte modification du même dans le but d'inclure la réglementation de la loi applicable aux affaires de divorce et de concilier cette réglementation avec des nouveaux critères de compétence qui viennent à bout des dysfonctionnements actuels détectés par ce Livre Vert. Cette approche a abouti dans la Proposition de Règlement du Conseil publiée le 17 juillet 2006 par laquelle on modifie le Règlement (CE) n°2201/2003 en ce qui concerne la compétence et on introduit des nouvelles règles portant sur la loi applicable en matière matrimoniale.

■ 8 RÉFLEXION FINALE

La réforme espagnole de 2005 en matière de séparation et divorce est à mon avis digne d'éloge car elle a simplifié, assoupli et baissé le prix des démarches nécessaires pour résoudre des situations de crise familiale. De même, je considère que le phénomène de la multiculturalité représente un défi pour le droit international privé du siècle XXI dans le domaine des crises familiales. Ce phénomène est en même temps fruit du phénomène de la mondialisation, de l'énorme facilité actuelle pour réaliser des déplacements internationaux, du mouvement d'employés et de travailleurs au niveau international, des contacts culturels encouragés par la moderne et développée société du loisir actuelle et du phénomène de l'émigration vers les pays développés, parmi d'autres facteurs.

Ce phénomène de la multiculturalité oblige à analyser les nouvelles réalités fa-

miliales et leurs crises, qui coexistent en vertu du phénomène de l'immigration. On peut signaler quelques situations réelles qui font l'objet d'attention et d'analyse : les mariages internationaux avec des éléments transfrontaliers qui ont des problèmes accessoires importants, tels que celui de l'enlèvement international de mineurs ; les mariages polygamiques et les mariages contractuels islamiques ; les mariages et les unions entre des personnes de même sexe ; les unions de fait et ce qu'on appelle les unions de droit ; les mariages hétérosexuels traditionnels et les familles monoparentales. Face à ces réalités modernes tellement complexes que la multiculturalité implique, il me semble important de faire un appel général afin d'éviter des situations ethnocentristes au moment d'aborder ce phénomène. Ainsi, il faut éviter la tendance à considérer que chaque culture propre marque le critère exclusif pour interpréter les comportements des autres cultures. Si on assume qu'aucune culture ou système légal interne se trouve par-dessus d'un autre aux effets d'évaluation, on obtiendra, par exemple, une utilisation modérée du recours à l'ordre public dans les domaines du droit international privé.

PANNEAU 1

Le divorce pour discorde
dans le droit de la famille
dans les pays du Maghreb

PROCÉDURE DU DIVORCE POUR DISCORDE : LES TEXTES ET L'APPLICATION

Saida Idrissi El Amrani

*Présidente de l'Association Démocratique des Femmes Marocaines
(ADFM - Maroc)*

1 INTRODUCTION

Le Code de la famille est considéré comme une évolution qualitative dans la trajectoire de la femme marocaine. En effet, la famille compte dorénavant, pour son édification, sur la responsabilité partagée des deux époux, quant à la direction et la gestion des affaires familiales. Cette nouvelle situation vient en substitution de l'ancienne position d'obéissance de la femme, en contrepartie de son entretien par l'époux, et ce en vertu du principe de l'égalité face aux droits et obligations entre les parties aussi bien pendant la vie conjugale qu'après la dissolution du mariage. Cette conception est fondée sur le fait que les femmes participent aussi à l'économie familiale par leur travail dans les secteurs public et privé.

La femme émancipée est à présent en droit de choisir librement son partenaire, conformément à l'article 24 du Code de la famille, tout comme elle est habilitée à mettre un terme à la relation conjugale, conformément aux articles 94 à 97 du Code de la famille, relatifs aux divorce judiciaire, à la requête de l'un des époux pour discorde, chaque fois que la cohabitation harmonieuse devient impossible entre les parties sans complication et sans qu'il soit besoin de justifications dont la production peut s'avérer parfois difficile pour l'époux.

2 LES POINTS IMPORTANTS DE LA PROCÉDURE DU DIVORCE POUR DISCORDE

2.A. DISPOSITIONS DU CODE DE LA FAMILLE.

Si les deux époux ou l'un d'eux demandent au tribunal de régler le différend les opposant et qui risquerait d'aboutir à la discorde, il incombe audit tribunal d'entreprendre toutes les tentatives de conciliation en commettant deux arbitres parmi ceux qu'il estime qualifiés à cet effet.

En cas de conciliation des époux, les arbitres dressent un rapport à ce sujet en trois copies, dont une est remise à chacun des époux et la troisième est conservée dans le dossier. Le tribunal prend acte du succès de cette conciliation.

En cas d'échec de la tentative de conciliation entre les époux, le tribunal en dresse procès-verbal, prononce le divorce et statue sur les droits dus à l'épouse et aux enfants s'il en existe, tout comme il peut ordonner une indemnité au profit de l'époux lésé du fait de ce divorce dans le même jugement.

Il est statué sur l'action relative à la discorde dans un délai maximum de six mois à compter de la date d'introduction de la demande.

2.B. COMMENTAIRE ET CONCLUSIONS RELATIVES AUX DISPOSITIONS DU DIVORCE POUR DISCORDE.

La procédure du divorce pour discorde se caractérise par la possibilité qu'elle offre à l'épouse de saisir le tribunal par la demande en divorce sans qu'il soit besoin de produire des preuves constatant le préjudice. Elle prévoit également l'obligation de prononcer le divorce dès la constatation par le tribunal de l'échec de la conciliation entre les époux ; ce qui a mis un terme aux souffrances des femmes pour lesquelles il était difficile d'entamer la procédure du divorce pour sévices et qui demeuraient dans une position confuse qui n'est ni celle de divorcée, ni celle de mariée. Cette procédure a permis en outre de réduire les cas d'usurpation des époux à leur épouse en les contraignant à se faire divorcer moyennant compensation « khôl » en échange de leur libération.

Néanmoins, quatre ans après l'entrée en vigueur du Code de la famille, il s'est avéré que de nombreuses difficultés entravent la mise en application de ces dispositions tant au niveau des textes qu'au niveau de l'application.

2.C. DIFFICULTÉS AU NIVEAU DES TEXTES.

Ces difficultés résident, en premier lieu, dans le fait que cette procédure qui permet à pied d'égalité à l'épouse et à l'époux de mettre un terme à la relation conjugale chaque fois que la cohabitation s'avère impossible et qu'un différend

est né entre eux, a incité les époux à faire recours, de mauvaise foi, à ce type de divorce plus qu'à la procédure ordinaire du divorce, du fait qu'il leur offre la possibilité d'une rupture de la relation conjugale sans avoir à s'acquitter, au préalable, des obligations dont l'exécution reste, au demeurant, subordonnée à l'arrêt d'appel à intervenir.

Néanmoins, il convient de noter une évolution notoire dans la position de certains tribunaux qui ont commencé à contraindre les époux demandeurs à faire dépôt des obligations dues à l'épouse avant de prononcer le divorce (exemple donné par la section de la justice de la famille de Essaouira, Safi et Agadir).

D'une manière générale, le juge conserve un pouvoir discrétionnaire déterminant quant à la fixation des obligations du divorce et de l'indemnité sans se baser sur l'expertise.

Cas du centre Nejma

Une femme, âgée de soixante dix ans environ, avait travaillé côte à côte avec son époux dans le secteur agricole en vue d'entretenir leur famille et d'acquérir un logement jusqu'à la cinquantaine avant de convertir son activité au commerce après avoir bénéficié d'un mini crédit.

Après cinquante ans de mariage, son époux a introduit une demande en divorce pour discorde parce qu'elle avait refusé à l'autoriser à se remarier dans le cadre de la polygamie. Le tribunal avait prononcé le divorce et fixé des droits insignifiants pour l'épouse tout en la condamnant à verser à l'époux une indemnité équivalente à la moitié du montant desdits droits sans avoir enquêté sur la partie responsable du divorce et sans avoir cherché à en connaître les causes.

Suite à l'appel, l'épouse a procédé aux formalités de notification et d'exécution, ce qui lui a coûté des frais supplémentaires.

A la fin, son ex-époux l'a surprise par une action en évacuation du domicile conjugal qu'elle occupait, de l'avis du tribunal, sans motif ni droit, pour se retrouver enfin de compte sans abri à l'âge de soixante dix ans.

2.D. DIFFICULTÉS AU NIVEAU DE L'APPLICATION.

Les actions en divorce pour discorde dépassent la durée de six mois qui leur a été fixée par la loi. En outre, le pouvoir discrétionnaire du juge quant à la détermination des obligations résultant du divorce et de l'indemnité reste déterminant au détriment de l'expertise. Enfin, la procédure du choix des deux arbitres se voit dans une large mesure, réduite aux membres de la famille sans faire recours aux experts et aux personnes habilitées à la mission de conciliation, ce qui complique davantage la situation au détriment de l'objectif escompté par cette disposition, notamment quant à la détermination de la responsabilité du divorce et de l'indemnité.

Cas du centre Nejma

L'épouse a présenté une demande en divorce pour discorde suite à son exclusion du foyer conjugal et aux souffrances qu'elle a enduré avec l'époux, consistant à l'adultère, aux mauvais traitements et à l'abandon.

Le juge a entrepris cinq tentatives de réconciliation à cause d'un différend qui a opposé les familles des deux conjoints et en raison de la difficulté du tribunal à trouver les deux arbitres. Enfin de compte, l'arbitre désigné par l'époux a élaboré un rapport qui peut être qualifié d'une condamnation directe de l'épouse plus que d'un rapport d'arbitre.

3 CONCLUSION

Le divorce pour discorde pose plus d'un problème au niveau de l'application et au niveau des obligations dues à l'épouse lorsque l'époux opte pour cette procédure. C'est pourquoi, il convient de mettre en œuvre tous les moyens nécessaires en vue de l'application de la procédure du divorce pour discorde, et ce en dotant les sections de la justice de la famille d'experts dans le but d'être guidés par leur savoir lors de la détermination des obligations résultant du divorce et de l'indemnité, des personnes habilitées à concilier les époux tel, qu'il se doit, de réduire le pouvoir discrétionnaire du juge et de se baser sur l'expertise.

LE DIVORCE DANS LE DROIT DE LA FAMILLE ALGÉRIEN

Nadia Ait-Zai

*Présidente du Centre d'Information et de Documentation
sur les Droits de l'Enfant et de la Femme (CIDEFF-Algérie)*

Chargée de cours, Faculté de Droit

Ben Aknoun, Université d'Alger (Algérie)

1 INTRODUCTION

L'Assemblée Populaire Nationale a adopté le 14 mars 2005 l'ordonnance¹ modifiant et complétant la loi du 9 juin 1984 portant le Code de la famille. Le Sénat a entériné ce texte le 26 mars 2005.

Cette ordonnance a été proposée par le président de la République en vertu de ses pouvoirs constitutionnels pour mettre fin, a-t-il dit, « à un débat stérile² » engagé entre le courant islamiste favorable au maintien de la tutelle matrimoniale et la polygamie, et le courant moderniste soutenant la suppression de ces deux institutions et l'introduction des rapports égalitaires dans les relations hommes-femmes dans la famille.

Ce débat, quand bien même déclaré stérile, a permis aux deux courants de débattre le texte et à chacun de réaffirmer de nouveau sa position.

En voulant se situer au dessus de la mêlée, le président de la République en promulguant une ordonnance, au lieu de maintenir le projet de loi, a favorisé le courant islamo conservateur qui s'est déclaré satisfait du contenu du texte conforme, selon lui, aux « fondements et valeurs de l'Algérie³ ».

¹ Ordonnance n°05-02 du 27-02-2005 modifiant et complétant la loi n°84-11 du 9 juin 1984 portant le Code de la famille.

² Discours du président du 8 mars 2005, après l'adoption de l'ordonnance.

³ Revue de presse mars 2003-2004, amendements du Code de la famille, centre de documentation, IMED Italie, Bernadette Rigaud.

Le courant islamiste a manifesté sa satisfaction en déclarant « que les amendements ne vont pas à contre courant de la chariâ ». *El watan*, 1503, 2005.

Le FLN, le RND et le MSP ont voté à l'unanimité le texte. Le Parti des Travailleurs, qui milite pour l'abrogation du Code de la famille, a rejeté l'ordonnance modifiant le Code de la famille.

Toute cette agitation politique des islamo conservateurs autour d'une possible suppression de la tutelle matrimoniale et de la polygamie (pilier du droit musulman) exprimait la peur de ces derniers de voir les modifications apportées au Code endosser le principe d'égalité au détriment de la référence religieuse. Une montée au créneau qui ne se justifiait pas, car les rédacteurs de l'exposé des motifs du projet de loi ont tenu à rappeler « que le droit musulman porteur de justice et d'égalité est la principale source du Code de la famille, droit qui se caractérise par sa capacité d'adaptation aux mutations historiques, sociales, culturelles, et économiques en laissant la porte ouverte à l'Ijtihad ». Le nouveau texte, c'est-à-dire, l'ordonnance, s'est contenté de reprendre la faible production intellectuelle et juridique de la Cour Suprême en matière de décisions concernant les litiges nés de l'interprétation de certains principes de droit musulman, tel que le khôl (faut-il ou non une autorisation du mari pour accordé le khôl ? la Cour Suprême a répondu par la négative).

Il n'y a pas eu de grands bouleversements dans le contenu du Code ni de refondation du texte, mais il y a eu tout de même quelques modifications qui ne sont pas à négliger : l'octroi de la tutelle des enfants mineurs à la mère gardienne, la suppression du devoir d'obéissance et la suppression de la notion de chef de famille.

Les principes d'égalité, la primauté du droit positif, les conventions internationales ratifiées par l'Algérie, notamment la CEDAW⁴, et le respect de la hiérarchie des normes⁵ inscrite dans la Constitution, n'ont pas eu assez d'impact sur le travail entrepris par les rédacteurs. Ces derniers n'ont pas osé écarter les vieilles règles établies par les Docteurs de la religion musulmane classique⁶ (le tuteur, la polygamie et bien d'autres dont le Code en regorge⁷).

⁴ L'Algérie a ratifié la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 le 22 janvier 1996, en émettant des réserves aux articles 2, 9 (paragraphe 2), 15 (paragraphe 4), 16 et 29 (paragraphe 1).

⁵ Article 132 de la Constitution de 1996 : « Les traités ratifiés par le président de la République dans les conditions prévues par la Constitution sont supérieurs à la loi ».

⁶ CHARFI, Mohamed (1974) : « Le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité ». RASJ, vol. XI, n° 3, septembre.

⁷ Article 51 du Code de la famille : « Tout homme ayant divorcé son épouse par trois fois successives ne peut la reprendre qu'après qu'elle soit mariée avec quelqu'un d'autre, qu'elle en soit divorcé ou qu'il meurt après avoir cohabité ». Cette disposition concerne le mariage religieux, coutumier qui ne répond qu'à la forme traditionnelle de rupture du lien conjugal, l'époux prononce trois fois la formule « tu es divorcée ». Dans la pratique, aujourd'hui le divorce est judiciaire, il est soumis à d'autres conditions prévues par les articles 48 et suivants du Code.

L'ordonnance, telle qu'adoptée, a conforté le courant islamo conservateur qui ne rêve que d'un retour à la pure tradition. Pour ce courant, la modernité est synonyme d'occidentalisation. La liberté de la femme est comprise comme une voie menant à sa dépravation. Le Coran, alors qu'il s'agit du droit musulman, œuvre juridique humaine, est brandi pour couper court à tout débat et pour justifier une appartenance à la communauté que l'on ne doit ni quitter ni heurter. C'est la communauté de musulmans que l'on doit préserver, c'est l'honneur de la communauté qui est en jeu, la femme doit le sauvegarder. D'ailleurs, les oulémas algériens se sont toujours prononcés contre la suppression du tuteur matrimonial. Ce tuteur doit protéger et contrôler le corps de sa fille pour qu'aucune souillure ne vient l'atteindre qui puisse déstabiliser la famille, la tribu ou la communauté toute entière.

Le principe de la hiérarchie des normes consacré par la loi fondamentale est ignoré, sinon diminué, par la transposition pure et simple du droit musulman en ce qui concerne le statut de la femme.

Le principe constitutionnel⁸ d'égalité n'a pas été retenu comme critère sur lequel peuvent se construire les relations entre les membres de la famille. Le législateur a préféré les notions de justice et d'équilibre à introduire dans les rapports entre époux. La tutelle matrimoniale, la polygamie et la répudiation, qui sont une atteinte à la dignité de la femme, sont maintenues dans ce nouveau texte. Sans pour autant rejeter le tout, le principe d'égalité a été la source pour certaines dispositions concernant les relations entre époux, la garde des enfants et l'octroi du logement en cas de divorce.

Le souci d'équilibrer les rapports entre les époux a fait disparaître la notion de chef de famille et le devoir d'obéissance que devait l'épouse à son mari et à sa famille.

Les obligations dans le mariage sont les mêmes pour chacun des deux époux, elles vont de la sauvegarde des liens conjugaux et les devoirs de la vie commune, de la concertation mutuelle dans la gestion des affaires familiales à la protection conjointe des enfants et à leur saine éducation et du respect de leurs parents respectifs.

⁸ Articles 28 et 30 de la Constitution : « Les citoyens sont égaux devant la loi sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de sexe ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale, les institutions ont pour finalité de supprimer les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine ».

Nous allons examiner les modifications apportées au Code de la famille par l'ordonnance du 25 février 2005, notamment celles qui concernent la rupture du lien conjugal : le divorce.

Le Ministère Public est désormais une partie principale dans toutes les instances tendant à l'application des dispositions du Code de la famille (article 3).

Son rôle est de veiller à la bonne application des dispositions du Code de la famille dans les litiges intervenant entre les époux. Pour ce faire, il intervient en cours d'audience par des conclusions qu'un de ses représentants verse au dossier.

Son rôle est aussi de diligenter l'inscription obligatoire à l'état civil des jugements de divorce, inscription autrefois laissée à la charge du justiciable. Il a à sa charge également la transcription à l'état civil du jugement de validation du mariage (article 22).

Il est dommage que les qualificatifs utilisés dans les rapports égalitaires entre les époux (concertation mutuelle, contribuer conjointement) ne soient pas étendus à la tutelle sur les enfants pour que cette dernière ne soit plus un droit exclusif du père mais un droit partagé par les deux parents et qu'ils ne soient pas étendus également aux droits que doit avoir la mère pendant ou après la dissolution du mariage.

■ 2 DISSOLUTION DU MARIAGE

Le décès de l'un des conjoints et le divorce constituent les modes de dissolution du mariage et entraînent pour l'épouse l'obligation d'observer une retraite légale d'une durée de quatre mois et dix jours dans le premier cas et trois mois dans le second.

2.A. LE DIVORCE.

Le divorce est la dissolution du mariage, il doit être prononcé par une autorité de justice et pour des causes prévues par la loi. Il intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse dans les limites des cas prévus aux articles 53 et 54 du Code (article 48).

a) Le divorce par consentement mutuel permet aux deux époux de régler leur

différend à l'amiable en décidant au préalable les effets du divorce (garde des enfants, pension alimentaire et logement pour exercer la garde). Ils saisissent par une requête conjointe le juge des affaires familiales qui entérinera leur décision.

- b) Le divorce qui intervient par volonté unilatérale est en fait le droit de répudiation dont en dispose le mari sans en donner des raisons. Le droit positif algérien a repris cette règle du droit musulman classique en la dépouillant de ses formes traditionnelles. En pratique, le tribunal saisi par l'époux devra s'assurer uniquement de la volonté de ce dernier de répudier.

Il est intéressant de noter que le corollaire de la répudiation est le khôl, c'est-à-dire, que l'épouse a aussi la possibilité de divorcer en droit musulman, ceci est considéré comme un droit de la femme de se séparer de son mari moyennant compensation. Le Code a repris cette règle affinée par la Cour Suprême. Cette dernière est venue mettre fin à un abus d'interprétation de la règle par les juges qui exigeait l'accord de l'époux, en affirmant que la demande de khôl n'était plus subordonnée à l'acceptation de l'époux. La Cour Suprême, par cette décision, a reconnu que cette institution était bien un droit de la femme. Le khôl est un procédé permettant à la femme de demander le divorce en payant une contrepartie financière à l'époux, il a donc été renforcé et explicité. Le législateur précise que l'épouse peut se séparer de son conjoint sans l'accord de ce dernier, moyennant le versement d'une somme à titre de khôl. En cas de désaccord sur la contrepartie, le juge ordonne le versement d'une somme dont le montant ne saurait dépasser la valeur de la dot de parité.

- c) Il n'est pas superflu de répéter qu'en droit musulman la répudiation est un droit, qui appartient à l'époux, de rompre le lien conjugal sans motifs. Le corollaire de ce droit est le khôl, qui est le droit de la femme à demander la rupture du lien conjugal sans l'accord de l'époux. C'est pourquoi il aurait été plus judicieux pour le législateur de modifier les dispositions de l'article 48 relatives au divorce en introduisant la combinaison des deux droits des époux, en affirmant que le divorce peut être demandé par l'une ou l'autre partie sans motifs justifiés moyennant réparation à la partie lésée par cette demande.

2.B. LES CAS DE DEMANDE DE DIVORCE ACCORDÉS À L'ÉPOUSE.

Outre les causes de divorce déjà prévues par l'article 53 du Code, des nouveaux cas de divorce accordés à la femme ont été introduits. Il s'agit de tout désaccord

persistant entre les époux, de la violation des clauses stipulées dans le contrat de mariage, notamment celles qui concernent la protection du droit au travail et l'interdiction de la polygamie, et de la violation des dispositions de l'article 8 concernant le remariage de l'époux sans autorisation de l'une ou l'autre des épouses.

L'épouse pourra se défaire de la relation conjugale en invoquant l'un ou l'autre de ces motifs. Ces trois nouveaux cas ont été rajoutés aux cas déjà prévus pour faciliter à l'épouse sa démarche. Il a toujours été considéré que les cas posés par l'article 53 étaient restrictifs et aggravés par la difficulté de rapporter le manquement invoqué et comme le précise Monsieur Salah Bey⁹ « c'est à dessein que le prononcé du divorce dépend parfois d'un autre jugement (jugement de paiement de la pension alimentaire ou condamnation pénale) et parfois, il est subordonné à une faute immorale préalablement établie ».

Dans l'impossibilité de rapporter la preuve de l'inconduite de l'époux, l'épouse n'a plus comme alternative que de solliciter le divorce par khôl.

Par ailleurs, il est reconnu à l'épouse qui demande le divorce en se basant sur les causes prévues à l'article 53 la possibilité d'obtenir réparation pour le préjudice qu'elle aura subi du fait d'abandon, de défaut de paiement de la pension alimentaire prononcé par jugement, de refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre mois et d'une absence du mari de plus d'un an.

2.C. PROCÉDURE.

De nouvelles dispositions ont précisé la procédure. Il a été rappelé que le divorce ne pouvait être établi que par jugement précédé de plusieurs tentatives de conciliation effectuées par le juge. La période de conciliation ne doit pas dépasser les trois mois à compter de l'introduction de l'instance.

A l'issue des conciliations, le juge doit établir un procès verbal dûment signé par lui, le greffier et les parties, dans lequel sont consignés les actes et les résultats des tentatives de conciliation. Ces tentatives de conciliation sont obligatoires.

⁹ Articles 28 et 30 de la Constitution : « Les citoyens sont égaux devant la loi sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de sexe ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale, les institutions ont pour finalité de supprimer les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine ».

Elles reposent sur deux instruments : des entretiens personnels du juge avec les époux dans son bureau et hors la présence de leurs avocats et l'imposition de délais de réflexion qui ne saurait dépasser les trois mois.

Durant l'instance, bien que le lien conjugal subsiste en droit, il y a déjà un état de demi rupture, et comme une anticipation du divorce. Se situant dans cette mouvance, le législateur algérien, en tenant compte de la pratique et du vide juridique, a introduit la possibilité pour le juge de statuer en référé par ordonnance à pied de requête sur toutes les mesures provisoires, notamment celles relatives à la pension alimentaire, au droit de garde, au droit de visite et au logement.

Il est à signaler que l'audience des référés est tenue par le président du tribunal et c'est donc à lui que revient la compétence pour ordonner ces mesures provisoires. Vu la mission du juge des référés, il s'agirait naturellement de mesures d'urgence qu'il prendrait en cas de divorce présentant un danger, d'ordre physique ou pécuniaire, auquel l'époux requérant se trouve exposé. Au danger physique, le juge va parer en autorisant cet époux à résider séparément de l'autre, avec éventuellement les enfants mineurs. Le juge du fond, appelé communément juge du statut personnel, ne semble pas avoir cette prérogative. Le texte est silencieux à ce sujet. Mais du fait que la loi précise la possibilité pour le juge des référés d'ordonner des mesures provisoires qui ne peuvent revêtir que le caractère d'urgence sous peine de rejet pour incompétence, il n'est pas exclu que le juge du fond puisse le faire également soit à l'issue de la tentative de conciliation, soit en cours d'instance pour les mêmes mesures considérées alors comme ordinaires.

Les jugements rendus en matière de divorce par répudiation, à la demande de l'épouse ou par le biais du khôl ne sont pas susceptibles d'appel. Ils ne le sont que dans deux cas : dans leurs aspects matériels ou en matière de droit de garde.

2.D. LES EFFETS DU DIVORCE.

Tout en maintenant les anciennes dispositions discriminatoires relatives à la pension alimentaire à l'égard de l'épouse et des enfants, le législateur a introduit des changements à propos de l'attribution du droit de garde et de l'attribution du logement. En cas de divorce, la pension alimentaire n'est due à la femme qu'à compter de l'introduction de l'instance et ce jusqu'au prononcé du jugement.

Le législateur précise que le juge ne devra pas dépasser la durée d'une année

avant l'introduction de l'instance pour statuer sur le versement de la pension et ce sur la foi d'une preuve. Si la demande de divorce est introduite après trente ans de vie conjugale, le montant de la pension d'abandon se calculera uniquement sur la base d'une année de vie, c'est-à-dire, la dernière qui précédera la séparation du couple. L'évaluation se fera en fonction du salaire de l'époux et du coût de la vie.

a) Incidence sur les enfants : le droit de garde.

Dans l'ancien texte la lignée maternelle était privilégiée. Aujourd'hui elle est remise en cause car un ordre successif et alternatif entre les deux lignées des bénéficiaires du droit de garde a remplacé la lignée maternelle, unique titulaire de droit auparavant. Le père vient en deuxième position après la mère des enfants. Ceci est très important car, contrairement au Code de 1984, le père qui prétendra à la garde, devra assumer une responsabilité effective à l'égard de ses enfants.

C'est ainsi que le droit de garde est d'abord dévolu à la mère de l'enfant, puis au père, puis à la grand-mère maternelle, puis à la grand-mère paternelle, puis à la tante maternelle, puis à la tante paternelle et ensuite aux personnes parentes au degré le plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant.

Si l'un des époux bénéficie du droit de garde, le juge doit accorder à l'autre partie un droit de visite. Bien que les juges préfèrent attribuer la garde des enfants à la mère (en droit musulman la garde de l'enfant, ou la hadana, est un droit de la mère), il semble qu'elle ne sera plus attribuée automatiquement s'il y a contestation, du fait que le père peut y prétendre également. La rédaction de l'article le laisse supposer.

b) Le logement profite aux enfants.

Le critère retenu pour maintenir la femme dans le logement conjugal est l'intérêt des enfants. C'est grâce aux enfants que la femme bénéficiera d'un toit.

Si l'ancien texte excluait le logement conjugal unique de la décision du divorce et si le domicile revenait de droit à l'époux (femme et enfants se retrouvaient sur les trottoirs), les nouveaux amendements ont tenu à atténuer ce principe en obligeant l'époux à assurer à la bénéficiaire du droit de garde un logement décent ou à défaut son loyer. Le montant minimum de loyer accordé par les juges ne dépasse pas les 5.000 DA, l'équivalent de 50 euros. Il est pratiquement impossible de trouver une location à ce prix. Qu'arrivera-t'il aux femmes qui ne travaillent pas si un logement décent ne leur est pas assuré ?

La femme ayant la garde est maintenue alors dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement.

Il est à noter que ce logement, fut-il celui où est maintenu la femme ou celui qui aura été assuré par octroi ou par le biais d'un loyer, ne servira qu'à l'exercice de la garde par la bénéficiaire.

Sachant que l'exercice de la garde cesse à 10 ans révolus pour l'enfant de sexe masculin, âge pouvant être prolongé jusqu'à 16 ans par le juge, et à l'âge de la capacité de mariage pour l'enfant de sexe féminin, la femme devra évacuer le logement à la cessation de l'exercice du droit de garde.

Dès la majorité des enfants, le père actionne la mère en référé pour récupérer le logement qui lui a servi à l'exercice de la garde. La mère et les enfants se retrouveront à nouveau à la rue. Le législateur a juste différé le temps de l'expulsion. Où est l'intérêt des enfants dans ce cas ?

Le législateur s'accommode bien de la modernité dans ce cas. Il feint d'ignorer que nous sommes dans un pays où les enfants fut-ils majeurs ne s'émancipent pas facilement de la « tutelle » des parents. L'absence de logement et le chômage ne favorisent pas l'émancipation des enfants, qui continuent à vivre chez leurs parents jusqu'à un âge avancé.

c) Le droit au travail n'est pas un motif de déchéance du droit de garde.

Il a été précisé que le travail de la femme ne pouvait pas constituer un motif de déchéance du droit de garde. Mais le législateur semble y mettre une réserve en rajoutant que « toutefois il sera tenu compte de l'intérêt de l'enfant ». Cela veut-il dire que l'intérêt de l'enfant peut être invoqué par le père pour déchoir la mère de son droit de garde ? C'est possible.

Si cela devait se réaliser, ça serait une atteinte aux principes constitutionnels garantissant la non discrimination, l'égalité et la liberté, principes repris par la loi sur le travail qui a tenu à rappeler le principe de non discrimination et par tant le droit au travail de la femme consacré par les textes algériens.

Les juges qui ont déjà eu à protéger le droit du travail en rejetant les demandes de divorce au motif que la femme travaille, seront encore une fois un rempart pour protéger ce droit et éviter qu'il ne soit invoqué pour déchoir la femme de son droit de garde.

d) La tutelle sur la personne de l'enfant.

Le principe de l'exercice de la tutelle sur les enfants n'a pas changé. Le père est tuteur de ses enfants mineurs, à son décès, celle-ci revient à la mère de plein droit. Le fait que la mère récupère de plein droit la tutelle de ses enfants au décès de son mari est une entorse faite au droit musulman qui confie la tutelle à l'oncle paternel.

Une nouveauté a tout de même été introduite par les amendements, un petit pas timide : la mère supplée le père dans l'accomplissement des actes à caractère urgent concernant ses enfants en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci. C'est une réponse aux doléances des femmes qui ont souvent soulevées cette question d'impossibilité de gérer la vie de leur enfant pour accomplir des actes le concernant quand le père est défaillant. Ouvrir un carnet d'épargne pour l'enfant et pouvoir y retirer de l'argent, autoriser l'enfant à faire du sport, à recevoir des soins, sortir l'enfant du territoire national, autant d'actes qu'une mère peut accomplir sans l'autorisation du père.

Une question s'impose, même si un effort a été fait par le législateur : Comment apprécier l'absence et l'empêchement du père ? Qui est susceptible de le faire ? Le juge ou le préposé ?

Il aurait été souhaitable d'introduire le partage de l'autorité parentale. On assiste aujourd'hui, et sans que la loi ne l'autorise, à des situations où la mère sort ses enfants du territoire national sans autorisation du père ou du juge. Jusque là les postes frontaliers tolèrent cette pratique, jusqu'à quand ? S'agit il d'une décision de la DGSN¹⁰ uniquement ?

Se peut-il que la suppléance se soit transformée en partage de l'autorité parentale. Pour les algériennes vivant à l'étranger, ces dernières n'ont plus besoin d'autorisation paternelle pour voyager avec leurs enfants mineurs. Les consuls de France l'ont décidé au cours d'une réunion tenue à Alger.

e) Transfert de la tutelle en cas de divorce.

Ce qui par contre est clair et important c'est qu'en cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde des enfants est confiée.

¹⁰ Direction Générale de la Sécurité Nationale.

Encore une fois, la rédaction de cette disposition laisse à supposer que le père peut prétendre à la garde des enfants au même titre que la femme. Aucune préférence n'est mentionnée entre le père et la mère. Tous les deux peuvent y prétendre. Mais si l'on se réfère à la lecture de l'article concernant l'attribution de la garde, celle-ci est d'abord dévolue à la mère, puis au père.

Les jugements de divorce rendus depuis l'application des amendements du Code de la famille transfèrent l'exercice de la tutelle à la mère gardienne. Cette tutelle transférée de plein droit permet à la mère de l'exercer sans droit de regard du père.

2.E. LES DROITS PATRIMONIAUX DE LA FEMME EN CAS DE DIVORCE.

Concernant la femme, il s'agit des droits qu'accorde le droit musulman : la *idda* et la *mout'â*. Quand la femme est répudiée (talaq), elle entre en retraite de continence, c'est la *idda*, et elle doit la subir au domicile du mari. La durée de retraite légale est de trois mois, ce qui lui donnera le droit à l'entretien, sans contestation possible. Pendant ces trois mois, la femme doit avoir une conduite réservée et discrète. En réalité, la femme a déjà quitté le domicile conjugal et elle est supposée d'être soit chez ses parents, soit chez des amis ou dans un centre d'hébergement. La retraite légale est imposée à la femme pour éviter toute contestation d'une éventuelle filiation si elle venait à se produire.

Dans le cas d'un divorce par volonté unilatérale assimilé à une répudiation et considéré comme abusif car demandé sans motifs, les juges accordent à la femme des dommages et intérêts accompagnés d'une pension d'abandon calculée sur la durée de la procédure. Les juges sont tenus de ne pas aller au-delà d'une année pour le calcul de cette pension.

Lorsqu'il s'agit d'un *khôl*, c'est-à-dire, le divorce demandé par la femme moyennant compensation financière, le juge fixera le montant en ne dépassant pas la dot de parité. Il est très difficile de nos jours d'évaluer la dot de parité car celle-ci n'a pas été fixée ni déterminée. Dans ce cas, le montant varie selon les tribunaux et les juges. La femme ayant choisi ce procédé de divorce touchera uniquement le montant de la *idda* et sera tenue de respecter la durée de viduité, soit trois mois.

La pension alimentaire à l'égard des enfants est, quant à elle, fixée sur l'indice du coût de la vie et des revenus du mari. Quand ce dernier est insolvable, il n'existe pas de fonds de garantie pouvant se substituer à la défaillance du père.

Par contre, lorsque le mari est solvable et qu'il ne s'acquitte pas de cette obligation, la mère gardienne a le recours de poursuivre son ex époux pour non entretien des enfants, considéré par le droit algérien comme un délit pénal.

La femme divorcée qui a l'intention de se remarier perd son droit de garde.

■ 3 RÉGIME MATRIMONIAL

En réitérant le principe de la séparation des biens (« chacun des deux époux conserve son propre patrimoine »), le législateur a introduit le régime de la communauté aux acquêts. Les deux époux peuvent convenir dans l'acte de mariage, ou par acte authentique ultérieur, de la communauté des biens acquis durant le mariage et de déterminer les proportions revenant à chacun d'entre eux. C'est ce qui permettra de protéger le patrimoine que l'épouse aura acquis durant l'union et de prendre à la séparation sa part fixée au préalable d'un commun accord dans ce contrat.

Dans la pratique, de nombreux cas de dépossession de l'épouse de ses biens sont intervenus car cette dernière, qui a contribué à acquérir ce patrimoine pendant le mariage, n'a pas su se protéger et n'a pas su utiliser le contrat de mariage. Elle n'y pense jamais d'ailleurs, car il lui semble naturel qu'une acquisition ou la construction de ce bien doivent se faire, ou être transférés, à l'époux et mis au nom de l'époux en vertu de la confiance mutuelle et de l'entraide qu'ils se doivent. La réalité rattrape vite l'épouse lors de la rupture du lien conjugal.

■ 4 CONCLUSION

Ce text présente quelques unes des modifications apportées au divorce dans le Code de la famille de 1984. Ces modifications sont des demi mesures. Il y a certes des points positifs relatifs aux relations équilibrées entre époux, à la tutelle des enfants et au logement assuré à la mère gardienne, mais nous ne pouvons pas nous empêcher de relever les ambiguïtés et contradictions contenues dans de nombreux articles qui seront soumis à l'appréciation subjective du juge.

PANNEAU 2

Les droits économiques de la femme divorcée

LES DROITS ÉCONOMIQUES DE LA FEMME DIVORCÉE AU MAROC

Fatna Sarehane

Professeur de l'enseignement supérieur

Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

Université Hassan II, Casablanca (Maroc)

1 INTRODUCTION

En raison de la spécificité des liens matrimoniaux (fragilité des liens, droit du mari d'avoir une autre épouse), le droit musulman et, à sa suite, le droit marocain de la famille, n'a pas donné une importance aux droits économiques de la femme divorcée. La raison : l'absence de solidarité entre époux pendant le mariage se retrouve en cas de divorce.

Pendant le mariage, la femme est certes prise en charge par son époux, le mariage étant source de pension alimentaire en faveur de l'épouse¹, et elle n'a aucune obligation pour la prise en charge de l'entretien de la famille. Concernant l'entretien des enfants, la mère ne joue qu'un rôle secondaire lorsque le père est indigent et qu'elle a les moyens de les entretenir², mais elle n'a aucune obligation à l'égard de son époux. Cette absence de solidarité pendant le mariage se retrouve avec acuité après le divorce. Le mari n'a pas de réelles obligations à l'égard de son ex-épouse. Les droits patrimoniaux de la femme divorcée sont ceux fixés par le tribunal au moment du divorce et lorsqu'elle bénéficie d'une pension alimentaire sa durée ne dépasse pas la période de viuité. Dans l'ensemble des droits économiques qui lui sont alloués, la femme marocaine divorcée quitte la vie conjugale avec un pactole qui ne représente qu'une infime partie des biens accumulés pendant le mariage, car l'évaluation des droits patrimoniaux de la femme divorcée n'a aucun rapport, ni avec les moyens du mari et la fortune qu'il aurait amassée durant la vie conjugale, ni avec la durée du mariage.

¹ « L'obligation alimentaire résulte du mariage, de la parenté et de l'engagement » (article 187).

² « Lorsque le père est, totalement ou partiellement, incapable de subvenir à l'entretien de ses enfants et que la mère est aisée, celle-ci doit assumer la pension alimentaire au prorata du montant que le père est dans l'incapacité d'assurer » (article 199).

Ces droits patrimoniaux de la femme divorcée ont connu, cependant, une évolution entre la Moudawana et le Code de la famille. Mais, même s'il y a une évolution, elle n'a pas changé en profondeur la valeur de ces droits, comme elle n'a pas conduit le législateur à revoir les rapports entre les ex-époux. Pour le droit marocain, les obligations nées du mariage prennent fin une fois le divorce est devenu définitif.

■ 2 LES DROITS ÉCONOMIQUES DE LA FEMME SOUS LA MOUDAWANA

Avant la promulgation du Code de la famille deux systèmes coexistaient : les dispositions de la Moudawana et la coutume ; l'un limite les droits de la femme, l'autre -fondé sur la coutume-, lui octroie des droits sur les biens acquis pendant le mariage.

- Dans la Moudawana -les dispositions applicables dans tout le Maroc-, la femme divorcée avait droit :
 - a) À une pension alimentaire pendant le délai de viduité, lorsqu'il s'agissait d'un divorce révocable (répudiation par le mari, divorce pour indigence du mari et pour cause de serment d'anathème). « Le droit de l'épouse à une pension alimentaire prend fin : 3. lorsque l'épouse, ayant été l'objet d'une répudiation révocable, quitte le domicile où doit s'effectuer sa retraite de continence, sans motif valable et sans le consentement de son époux » (article 122). Ce droit à une pension était aussi accordé à la femme divorcée enceinte. Dans ce cas, la femme bénéficie de ce droit de façon indirecte, c'est pour l'enfant à naître que la pension est accordée. Dans les autres cas, la femme n'a pas droit à une pension pendant le délai de viduité.
 - b) Au logement.
 - c) Au reliquat de la dot.
 - d) À un don de consolation ; mais le don ne bénéficiait qu'à l'épouse qui a été répudiée à l'initiative de son époux. Son montant a été revu à la hausse avec la réforme de 1993. A l'occasion de cette réforme, le législateur a posé certains critères pour l'évaluation du montant du don de consolation, mais cela n'a pas changé considérablement le montant des sommes allouées à la femme divorcée. « S'il est établi par le juge que le mari a répudié sans raison valable, il doit tenir compte des préjudices susceptibles de toucher la femme, dans l'évaluation du don de consolation. Tout mari qui répudie de sa propre

initiative, doit à l'épouse répudiée, un don de consolation (mout'â) proportionnel à ses facultés et à la situation de la femme répudiée... » (article 52 bis de l'ancienne Moudawana).

● Dans la coutume :

Malgré l'abrogation de toutes les coutumes applicables avant l'entrée en vigueur de la Moudawana par le dahir de promulgation, une coutume a pourtant résisté, c'est « al kadd wa siâya », qui peut être traduite littéralement par « le labeur et la quête ». Cette coutume, qui consiste à permettre à l'épouse de participer au partage des économies et biens acquis pendant le mariage, n'a jamais été jugée contraire aux principes de l'Islam et la doctrine malékite, source de la Moudawana. Au contraire, elle trouve son origine dans une fatwa du jurisconsulte musulman Ibn Ardhoun, un fakih originaire de Chaoun. Mais cette coutume s'est enracinée dans la région de Sousse au sud du Maroc. La Cour Suprême l'a consacrée dans plusieurs arrêts suite à des décisions des tribunaux de fond de la ville d'Agadir, mais aussi de Marrakech et de Rabat³.

Lors du débat sur la réforme de la Moudawana, notamment à la présentation du Plan National pour l'Intégration de la Femme au Développement, le partage des biens acquis pendant le mariage constituait une mesure qui a été combattue par les contradicteurs du Plan. Les opposants à la réforme de la Moudawana considéraient cette mesure comme un détournement des règles de l'héritage. L'épouse qui ne peut prétendre qu'au 1/4 de l'actif successoral en l'absence de descendants du défunt et au 1/8 en leur présence, ne doit -selon ces contradicteurs- prendre plus sans remettre en cause ces règles de partage.

Pendant le travail de la Commission Royale chargée de présenter le projet de réforme de la Moudawana au Roi, la plupart des mémorandums qui lui ont été présentés ont revendiqué l'extension de la coutume « al kad wa siâya » à toutes les régions du Maroc afin de permettre à la femme de participer au partage de l'épargne familiale⁴.

³ El Malki el Hosseini (2001) : *Kadd wa siâya, des exemples de la jurisprudence marocaine moderne*.

⁴ SAREHANE, Fatna (2002) : « Évaluation des tentatives de différenciation et de rapprochement à travers les suggestions proposées par les pouvoirs politiques de la commission nationale. Introductions ». In *La revue marocaine du livre*.

■ 3 LES DROITS ÉCONOMIQUES DE LA FEMME DANS LE CODE DE LA FAMILLE

Avec le Code de la famille, les droits économiques de la femme divorcée ont gagné en précision, leur bénéfice a été étendue à toutes les femmes divorcées et une brèche a été ouverte permettant la participation de la femme au partage de l'épargne familiale. Dans le Code de la famille, les droits économiques de la femme divorcée ont trois fondements : la dissolution du mariage, le préjudice subi et les efforts fournis pour la fructification des biens de la famille.

a) Les droits économiques fondés sur la dissolution.

Ces droits sont fondés sur l'article 84 du Code ; il s'agit de :

- La dot à terme.
- La pension alimentaire pendant le délai de viduité.
- Le logement pendant le délai de viduité au domicile conjugal ou en cas de nécessité dans un logement convenant à la situation de l'épouse et à la situation du mari.
- Le don de consolation, qui doit être évalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans l'exercice de ce droit par l'époux.

Pour le bénéfice de ces droits, le législateur ne fait plus de distinction entre les femmes qui sont divorcées par la volonté unilatérale du mari et celles qui prennent l'initiative du divorce. Ainsi, dans le cas de divorce pour discorde, l'article 45 précise que : « Lorsqu'il est établi, au cours des débats, l'impossibilité de la poursuite de la relation conjugale et que l'épouse dont le mari envisage de lui adjoindre une épouse persiste à demander le divorce, le tribunal fixe un montant correspondant à tous les droits de l'épouse... ». Aussi, l'article 97 énonce que : « En cas d'impossibilité de conciliation et lorsque la discorde persiste, le tribunal en dresse procès-verbal, prononce le divorce et statue sur les droits dus, conformément aux articles 83, 84 et 85 ci-dessus ». La même solution est retenue pour le cas où le mari refuse le khôl : « Si l'épouse persiste dans sa demande de divorce par khôl et que l'époux s'y refuse, elle peut recourir à la procédure de discorde » (article 120 du Code de la famille). Le recours par la femme à cette procédure, lui permet de bénéficier des dispositions de l'article 84.

Dans l'ensemble de ces droits, c'est l'évaluation du don de consolation qui gagne en précision. Elle n'est plus laissée à l'appréciation souveraine du juge du fond. Pour répondre au but pour lequel il a été imposé au mari à savoir l'indemnisa-

tion de la femme divorcée pour le dommage causé par le divorce « Le tribunal doit, lors de l'évaluation du don de consolation, tenir compte du degré d'abus dont l'époux a effectivement usé. S'il est établi que l'époux a usé du droit de divorce sans raison valable, le tribunal doit en tenir compte... ainsi que tout dommage pouvant être causé à l'épouse⁵ ».

Donc, la base juridique de la somme allouée à la femme divorcée change de qualification. Elle passe d'un don de consolation dans un but charitable comme l'a prévu le Coran –« une allocation convenable est due aux femmes divorcées. C'est une obligation pour les pieux » (Verset 241, Sourate de la vache)-, à une indemnisation pour les dommages causés par le divorce.

b) Les droits économiques fondés sur le préjudice subi.

La notion de réparation des dommages subis a été pour la première fois consacrée par le droit de la famille. On la retrouve en matière de rupture des fiançailles prévue par l'article 7 du Code de la famille : « Si l'une des deux parties commet un acte portant préjudice à l'autre, la partie lésée peut réclamer un dédommagement ». Les directives du Ministère de la Justice vont dans le sens de l'application du droit commun en la matière : « Si par son fait ou son comportement, l'une des parties porte préjudice à l'autre, puis choisit de rompre les fiançailles, la partie lésée peut réclamer un dédommagement conformément au droit commun...⁶ ». La réparation des dommages subis est prise en compte pour l'évaluation du don de consolation⁷.

L'épouse divorcée peut prétendre également à la réparation des dommages subis lorsqu'elle obtient son divorce pour cause de discorde imputée à l'époux : « Le tribunal tient compte de la responsabilité de chacun des époux dans les causes du divorce, pour évaluer la réparation du préjudice subi par l'époux lésé » (article 97). Ainsi, « lorsque le jugement comporte l'octroi d'une indemnisation au profit de l'un des conjoints, le tribunal doit tenir compte dans l'évaluation de cette indemnisation, de la part de responsabilité qui incombe à celui qui est la cause de la séparation⁸ ».

⁵ *Guide pratique du Code de la famille*, publications du Ministère de la Justice.

⁶ *Guide pratique*, op. cit.

⁷ Supra.

⁸ *Guide pratique*, op. cit.

Enfin, la réparation du préjudice causé à la femme par le divorce est également prévue dans le cas de divorce pour préjudice : « Dans le cas où le divorce est prononcé pour cause de préjudice, le tribunal peut fixer, dans le même jugement, le montant du dédommagement dû au titre du préjudice » (article 101).

Toutefois, contrairement aux autres indemnisations qui sont décidées d'office par le tribunal, en cas de divorce pour préjudice c'est l'épouse lésée qui « doit la réclamer soit par une requête introductive d'instance écrite ou par une déclaration par-devant le tribunal. L'appréciation de l'indemnité relève du pouvoir du tribunal qui doit, lors de sa détermination, prendre en considération l'étendue du dommage subi et son effet sur la personne de la femme divorcée⁹ ».

c) Les droits économiques fondés sur les efforts fournis pour la fructification des biens de la famille.

C'est dans cette partie du droit familial que le législateur a essayé d'innover. On sait qu'en droit musulman le mariage n'a aucune influence sur les rapports patrimoniaux des époux. Vis-à-vis de leur patrimoine, les gens mariés sont considérés comme des étrangers. Leurs relations patrimoniales sont régies par les règles de droit commun.

Seuls les biens meubles se trouvant au domicile conjugal échappaient à cette règle, car, malgré le régime de séparation absolue des biens en droit marocain, la communauté de vie entraîne une confusion des biens mobiliers se trouvant au domicile conjugal, biens qui risquent de faire l'objet de contestations, soit entre les ex-conjoints, soit entre l'un des époux et les héritiers de l'autre. C'est pourquoi, en l'absence de preuve certaine de propriété, l'article 39 de l'ancienne Moudawana avait repris la règle classique du droit musulman, celle de la présomption de propriété fondée sur la vraisemblance et appuyée de serment¹⁰.

⁹ *Guide pratique*, op. cit.

¹⁰ Article 39. En cas de contestation au sujet de la propriétaire des objets mobiliers contenus dans la maison et en l'absence de preuve certaine, il sera fait droit. Aux dires du mari, appuyés par serment, s'il s'agit d'objets d'un usage habituel aux hommes ; aux dires de l'épouse, après serment, pour les objets qui, habituellement, sont à l'usage des femmes.

Si contestation porte sur les marchandises, celles-ci seront attribuées à celui des conjoints qui aura justifié de son activité commerciale au moyen de preuves.

Les objets qui sont utilisés indistinctement par les hommes et par les femmes seront, après serment de l'un et de l'autre époux, partagés entre eux.

Article 40. Les mêmes règles s'appliquent aux contestations entre l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé quant à la propriété des objets mobiliers contenus dans la maison.

Mais, la répartition des biens fondée sur la présomption de propriété profite beaucoup plus au mari qu'à l'épouse pour ce qui concerne les biens d'usage commun. Car en l'absence de preuve certaine fournie par l'épouse, les biens mobiliers se trouvant au domicile conjugal sont réputés appartenir au mari qui est, en droit musulman, tenu de fournir à son épouse un domicile, l'équiper et l'y inviter. Or, actuellement, surtout les femmes qui ont un travail salarié, elles participent à l'équipement du logement familial et parfois ce sont elles qui en supportent la charge. Si l'épouse ne garde pas toutes les factures -ce qui est le cas si le couple a passé des décennies en mariage- les biens reviennent soit au mari en cas de divorce, soit à ses héritiers en cas de décès du mari.

C'est d'ailleurs pourquoi une solution à ce problème a toujours fait partie des revendications chaque fois qu'une réforme de la famille s'est posée. Le maintien de la séparation absolue des biens des époux est d'autant plus choquante qu'au Maroc existe déjà une coutume pratiquée dans le sud du pays, entérinée par la jurisprudence, qui reconnaît à la femme une part dans les biens acquis pendant le mariage. Par ses règles, cette coutume se rapproche de la participation aux acquêts, admise par certaines législations qui admettent la séparation des biens comme régime matrimonial entre époux.

Prenant en considération ces revendications, le nouveau Code -bien que reconduisant l'essentiel du régime des biens entre époux, séparation des biens, règles de preuve- a introduit certaines mesures que, si elles sont bien appliquées, atténueraient la rigidité du régime de la séparation des biens.

Ainsi, pour la gestion des biens des époux et leur répartition après la dissolution du mariage, par décès ou divorce, le Code de la famille pose trois règles dans son article 49 :

1. D'abord, cet article consacre le principe de la séparation des biens : « Chacun des époux dispose d'un patrimoine distinct du patrimoine de l'autre ». Le régime des biens des époux est la séparation des biens.
2. Ensuite, *il ménage un cadre contractuel*, indépendant de l'acte de mariage, pour la gestion des biens acquis pendant le mariage : « Les époux peuvent... se mettre d'accord sur le mode de leur fructification et répartition ».

Les adouls les informent de ces dispositions au moment du mariage. Ainsi, le contrat de mariage sur les biens, ajoutée à l'acte de mariage, peut constituer un moyen de plus à même de consolider les liens entre époux.

La faiblesse de cette règle réside seulement dans son caractère lacunaire. Étant donné qu'il s'agit d'une nouveauté dans les rapports entre époux, il aurait fallu donner des indications, voir des exemples de type de contrat que les époux peuvent adopter.

Aussi, dans le cas où les époux auraient opté pour un régime de communauté de biens, l'adoption de mesures d'accompagnement s'avère nécessaire, notamment en matière de publicité de ce régime, de son opposabilité aux tiers et ayants-droits, de disposition de l'un des conjoints des biens communs, par vente et par location, etc.

3. Enfin, en l'absence de contrat « il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des époux et les efforts qu'il a accomplis et les charges qu'il a assumées en vue de développement des biens de la famille ».

Par cette dernière règle, le Code de la famille adapte le droit à une réalité sociale établie : le mariage crée une communauté d'intérêt et de biens entre époux. Par son travail, salarié ou domestique, la femme contribue à l'épargne du ménage. L'équité impose qu'elle participe au partage de cette épargne, en cas de décès du mari ou de divorce.

Toutefois, cette règle, comme d'ailleurs celle qui concerne le contrat sur les biens, laisse les parties, et surtout le juge, dans le flou total. En l'absence de critère d'évaluation, les juges trouvent des difficultés à appliquer la règle avec toute la philosophie de justice et d'équité qu'elle sous-entend. Il aurait fallu, par exemple, terminer l'alinéa 3 de l'article 49 en ces termes « en application du principe al kadd wa siâya ». Une pareille directive aurait pu aidé le juge, car le dernier alinéa de l'article 49 consacre la coutume sans la nommer.

Aussi, dans la pratique, l'application de l'article 49 rencontre des obstacles que les tribunaux n'arrivent pas à dépasser, notamment :

- Le problème de savoir quel travail de la femme prendre en considération : le travail domestique ou le travail salarié ?

Lors d'une étude sur la pratique des tribunaux, « le courant le plus dominant parmi les participants aux rencontres avec les acteurs du tribunal va dans le sens de ne prendre en considération que les travaux générateurs de revenus, tels que la couture, le tissage, etc., alors que les travaux ménagers sont considérés

comme un devoir de l'épouse... ». Ces juges, semblent oublier que c'est pour lever l'injustice que subissent les femmes au foyer que les dispositions du Code ont été posées.

- Le problème de l'estimation des biens.

La détermination de la part qui pourrait revenir à la femme bute généralement « contre le secret qui entoure les revenus et/ou les propriétés réelles du mari et la difficulté de prouver leur existence ». Sur ce plan, la règle reste à améliorer.

- Le problème de la preuve de propriété des bien acquis pendant le mariage.

La répartition des biens au moment du divorce pose un problème sérieux pour la femme, notamment quand on prend en considération que le mari tend, nettement plus que la femme, à enregistrer tous les biens acquis en son nom. Même des femmes fonctionnaires négligent d'établir un contrat de partage des biens avec leurs maris. Il y a des femmes qui finissent même par perdre leur capital de départ qui a servi à amasser la fortune familiale. La femme, nous dit une interviewée dans l'étude précitée, « peut faire des sacrifices pendant 20 ans, mais finir par perdre ce qu'elle a contribué à faire fructifier. En cas de divorce, le mari prend tout, y compris ce qui lui appartient. Tout enrichissement qui se produit pendant le mariage se fait dans l'intérêt de l'homme. Pourquoi les deux époux ne partagent pas leurs biens après le divorce ? La femme met de l'argent entre les mains du mari, mais quand elle s'en va, elle se trouve souvent avec les mains vides¹¹ ».

La fréquence de ces cas devant les tribunaux nécessite une action aussi bien de la part du Ministère de la Justice que de la société civile pour clarifier les dispositions de l'article 49 aussi bien dans son volet concernant le contrat sur les biens que dans celui qui concerne l'épouse qui, tout en contribuant à l'enrichissement de la famille, rencontre l'obstacle de la preuve de sa contribution.

¹¹ Ibidem.

■ LES DROITS MATÉRIELS DE LA FEMME DIVORCÉE

Zahia Ammoumou

Avocate

*Membre de l'Association Marocaine pour les Droits de la Femme
(AMDF - Maroc)*

■ 1 INTRODUCTION

L'analyse des droits matériels de la femme divorcée nous remet nécessairement à parler du divorce et ses diverses modalités dans la société marocaine, ainsi que de la situation matérielle de la femme divorcée. Alors, qu'est ce que le divorce ?

Le divorce sous contrôle judiciaire est la dissolution du pacte de mariage requise par l'époux ou par l'épouse, selon des conditions propres à chacun d'eux, sous le contrôle de la justice et conformément aux dispositions du Code de la famille (article 78). Ses types sont déterminés selon les cas exposés devant la justice :

- Le divorce judiciaire pour discorde.
- Le divorce judiciaire pour préjudice.
- Le divorce judiciaire pour absence.
- Le divorce par consentement mutuel.
- Le divorce révocable.

Les dits définitions nous remettent essentiellement à trois types :

- A. Le divorce par consentement mutuel : l'époux et l'épouse se mettent d'accord sur tous les droits matériels et morales qui sont consignés dans un contrat consenti par les deux, ainsi que le rôle du tribunal se limite à l'autorisation de l'instrumentalisation de l'acte de divorce.
- B. Le divorce obligatoire : contient le divorce judiciaire pour discorde et le divorce révocable. Dans ce cas, le tribunal procède à mener la tentative de conciliation. Au cas où la dite réconciliation de conjoints s'avère impossible, le tribunal autorise le divorce ou le divorce judiciaire et détermine les droits de l'épouse et des enfants, incluant le dédommagement.

C. Le divorce judiciaire : s'avère une solution dans les cas de divorce judiciaire pour préjudice, pour absence, pour délaissement ou pour continence. Dans ce sens, le tribunal doit s'assurer de l'existence de l'un des motifs sur lesquelles se base l'instance de divorce. Au cas où se prouve le préjudice subi, l'absence, le délaissement ou la continence, le tribunal dicte sentence de divorce judiciaire avec détermination du montant des droits de l'épouse.

L'importance en ce sens réside dans les cas de polygamie, par ce qu'on ne peut pas déterminer la situation de la femme divorcée sans aborder sa relation avec les divers motifs, ainsi que la relation dialectique entre eux.

- La femme indépendante matériellement avec des enfants.
- La femme indépendante matériellement sans enfants.
- La femme dépendante économiquement avec des enfants.
- La femme dépendante économiquement sans enfants.

A titre d'exemple, on ne peut pas parler de la situation de la femme indépendante matériellement et sans enfants sans évoquer les conséquences sociales, juridiques et économiques.

Dans le même ordre, la femme indépendante matériellement avec des enfants et la dépendante se trouvent, d'un point de vue juridique, dans la même position malgré la différence dans leur situation.

Ce type de classement nous impulse à soulever les questions suivantes :

- Quels sont les droits matériels de la femme divorcée ?
- Les textes relatifs aux droits matériels de la femme divorcée ont abouti à une solution à la problématique de sa situation matérielle ?

■ 2 LES DROITS MATÉRIELS DE LA FEMME DIVORCÉE

Le Code de la famille a réservé une batterie de textes relatifs aux droits matériels de la femme divorcée, sans prendre en compte la réalité économique et sociale de la société marocaine.

On fera allusion aux textes qui abordent l'aspect matériel, ainsi que la philosophie du législateur envers les modifications qui ont accompagné ces textes dans le nouveau Code de la famille.

Article 84. « Les droits dus à l'épouse comportent : le reliquat du sadaq, le cas échéant, la pension pour la période de viduité (idda) et le don de consolation (mout'â), qui sera évalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux.

Durant la période de viduité (idda), l'épouse réside dans le domicile conjugal ou, en cas de nécessité, dans un logement qui lui convient et en fonction de la situation financière de l'époux. À défaut, le tribunal fixe le montant des frais de logement, qui sera également consigné au secrétariat-greffe du tribunal ».

Selon cet article, les droits matériels de la femme se résument ainsi :

La dot :

Si une partie du sadaq est convenue à terme, ce dernier devient une dette à la charge de l'époux et le tribunal convient son acquittement immédiatement après le divorce dans le terme des droits.

Le don de consolation :

La mout'â sera évaluée en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux.

L'entretien de la idda :

L'entretien comprend l'alimentation, l'habillement et les soins médicaux, conformément à l'article 86 du Code de la famille.

Le dédommagement pour le préjudice subi, matériel et moral :

En cas de préjudice subi, matériel ou moral, l'épouse a le droit de solliciter un dédommagement pour le préjudice subi. Le montant du dit dédommagement en faveur de la divorcée est subordonné à la capacité discrétionnaire du juge, surtout dans les procédures du divorce pour cause de discorde.

La valeur ajoutée apportée par le Code de la famille consiste dans le patrimoine propre et le droit de la femme divorcée à solliciter la partition des biens acquis durant le mariage, conformément à l'article 49 du Code.

Article 49. « Les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre. Toutefois, les époux peuvent se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage.

Cet accord fait l'objet d'un document distinct de l'acte de mariage.

Les adouls avisent les deux parties, lors de la conclusion du mariage, des dispositions précédentes.

A défaut de l'accord susvisé, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fourni et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille ».

L'article 49 insiste sur le fait que le patrimoine propre des deux conjoints est indépendant de l'autre. Cependant, il autorise aux conjoints durant la célébration de l'acte de mariage à se mettre d'accord dans un document distinct de l'acte de mariage sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage. Mais l'article stipule que cet acte est volontaire et non obligatoire. A défaut de l'accord susvisé, en cas de litige entre les conjoints après le divorce ou le divorce judiciaire, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fourni et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille. Le tribunal a la faculté de déterminer cet effort, sa modalité et les conséquences de ces biens acquis.

Mais dans la pratique, beaucoup de difficultés entravent la correcte application de l'article 49 :

- Le concept d'effort stipulé dans l'article.
- Cet effort, inclut-il le travail domestique ?
- La problématique de prouver les faits.

D'après l'expérience et les cas exposés au centre FAMA, dépendant de l'Association Marocaine de Défense des Droits de la Femme, les femmes n'ont pas pu obtenir des sentences favorables pour faute de preuves d'une part, et pour faute de considération du travail domestique comme un effort pour lequel la femme divorcée mérite de revendiquer ses droits et sa part dans la contribution au patrimoine : « il y a plusieurs dossiers de femmes divorcées au bout de 40 ou 45 ans de mariage qui n'ont pas obtenu leur part du patrimoine acquis durant les années de mariage ».

Cela nous mène à poser la problématique de la révision de l'article 49 et la considération du travail domestique comme un effort et une contribution de la

femme au patrimoine, surtout tenant en compte que dans le temps où l'époux contribue au patrimoine familial, l'épouse contribue également à travers le soin des enfants, ainsi que moyennant les efforts énormes qu'elle effectue dans la maison.

On peut observer que le législateur, dans les dits textes, a déterminé les droits économiques de la femme divorcée ou le divorce judiciaire, ainsi que la division des biens sur la base des facteurs déterminants des droits dans leur relation avec la situation matérielle de l'époux, que ce soit au niveau du salaire, des gains ou d'autres ressources.

En résumé, l'apport du Code de la famille en relation avec la femme divorcée et les explications accompagnantes, qui expriment la philosophie du législateur, peuvent être considérés comme positifs (don de consolation, don de viduité et dédommagement pour cause de préjudice) ; la question qui s'impose avec insistance est le degré d'anomalie législative ou son ignorance de la réalité vécue.

1. Au niveau de la procédure : le législateur n'a pas déterminé la manière raisonnable d'appliquer les textes.
2. L'allusion au collectif des fonctionnaires et salariés qui ont des revenus stables, ou détiennent des documents prouvant leurs revenus, n'abordant pas les nombreux collectifs des professionnels libérales, commerçants et artisans, qui ne détiennent pas des documents prouvant leurs revenus. Cela empêche d'apercevoir les droits de la divorcée et permet tout type de fraudes.

Ainsi, la problématique des droits matériels de la femme divorcée entre la législation et la réalité se révèle épineuse. A titre d'exemple, on peut citer une étude réalisée par le centre FAMA, qui a observé plusieurs obstacles et contraintes juridiques dans la pratique :

A. Les contraintes et obstacles pour déterminer les droits de la divorcée.

La difficulté de prouver les revenus exacts de l'époux, surtout pour les professions libérales.

- L'obligation de la femme à prouver les revenus de l'époux.
- Les montants limités qui résultent des sentences.
- Les disparités entre le texte légal et la réalité économique et sociale.

B. Les contraintes et obstacles de notification.

- L'impossibilité de se soumettre à la justice dans les délais fixés parce que l'épouse ignore l'adresse de l'époux.
- Le retard de la justice pour impossibilité de notification à cause du changement d'adresse ou de se trouver hors du territoire national.
- La problématique de la requête de l'instance par voie diplomatique.
- Le retard dans l'activation de la procédure de notification.

C. Les contraintes et obstacles d'exécution.

- Selon les dossiers exposés au centre FAMA, une bonne partie des dossiers qui atteignent la phase d'exécution sont paralysés à cause de la problématique de notification pour inexistence de l'adresse du divorcé, sa disparition, ou parce qu'il se trouve hors du territoire national ou que la divorcée ne dispose pas de l'adresse de son ex-mari.
- Plusieurs dossiers sont remis à la procédure d'abandon de la famille pour impossibilité d'application de l'article 202 du Code de la famille et la longueur de la procédure de recherche du jugé.

En ce qui concerne les dossiers relatifs à la division des biens, dans la majorité des cas, le fardeau des preuves s'avère un obstacle devant les femmes divorcées, ce qui entrave l'application de l'article 49 du Code.

La conclusion de l'étude des dossiers exposés devant le centre FAMA est l'existence d'une brèche entre la loi et les procédures et leur application, ce qui influe énormément sur la situation de la femme divorcée, ayant comme conséquence la pratique de professions marginales par la femme divorcée dépendante économiquement de l'homme. Les résultats de ces pratiques sont extrêmement néfastes pour la société et la famille parce qu'elles supposent une perte de la sécurité et de la possibilité d'une vie digne (voire par exemple les femmes travailleuses sexuelles, les travailleuses domestiques, les journalières, etc.).

La non observation des droits matériels de la femme conduit à la détérioration de leur situation matérielle. Ses conséquences sont néfastes pour la société et le développement, et contribuent à l'apparition des situations sociales défavorables. Cela nous paraît claire à travers la responsabilité commune entre la famille et la société :

- Par rapport à la responsabilité de la famille, on observe, par exemple, qu'à faute d'une éducation saine, basée sur les valeurs du dialogue et sur l'esprit de responsabilité envers les enfants, la famille, noyau de la société, est démantelée au lieu de contribuer à sa construction et son avance. Les structures se détruisent et le sous-développement s'étend pour produire des phénomènes sociaux dangereux qui nécessitent beaucoup de moyens pour être résolus.
- En ce qui concerne la responsabilité de la société, il paraît clair que la mentalité machiste est toujours prédominante. Elle nie l'importance de diviser les rôles entre les deux parties. Dans ce sens, il faut souligner la responsabilité effective de l'Etat, qui a le devoir de trouver des solutions à toutes les lacunes à travers de *l'aggiornamento* des divers lois, ainsi que le déploiement de tous les ressources afin de conserver l'équilibre de la société en général et de la famille en particulier.

LES CONSÉQUENCES ÉCONOMIQUES DU DIVORCE SUR LES FEMMES : ÉGALITÉ DE DROIT, INÉGALITÉ DE FAIT.

Bochra Bel Haj Hmida

Avocate à la Cour de Cassation de Tunis (Tunisie)

1 INTRODUCTION

Le Code du Statut Personnel (CSP) tunisien promulgué en 1956, constitue un événement historique, d'abord, parce que « le statut personnel » ne signifie pas seulement lois relatives au mariage, mais aussi les lois réglementant tant la vie civile que familiale.

Bien entendu, les liens familiaux demeurent l'objet essentiel du CSP ; mais cela n'empêche que ce dernier reconnaît d'une manière implicite -sinon « ambiguë »- le citoyen, et bien sûr la citoyenne, comme une entité indépendante et pas uniquement comme membre de la famille.

Ce Code constitue aussi un événement exceptionnel par son contenu : la polygamie y est interdite et devient objet de délit, le mariage « orf » pareillement. Seul un acte authentique rédigé par les officiers de l'État civil est considéré légal. Le divorce est un droit accordé sur un même pied d'égalité aux deux époux et ne peut être prononcé que par un tribunal.

Cette égalité face au divorce, considérée comme révolutionnaire par sa procédure et ses conséquences multiples, s'est vite avérée insuffisante face à une réalité inégalitaire.

En effet, quelques années après la promulgation du CSP et au fur à mesure de l'exercice de leurs droits, les femmes découvrent à leurs dépens la précarité de leur situation économique, surtout en cas de divorce. Elles réalisent également que ce Code, et les lois qui le complètent, malgré leur importance, ne garantissent pas leur dignité ni leur citoyenneté pleine et entière.

Dès la fin des années soixante-dix, elles commençaient à exprimer leur déception auprès des autorités publiques. Un mouvement féministe militant voit

le jour. Il reconnaît l'importance des acquis législatifs et constate que « malgré les entorses et les interprétations qui y sont faites à la chariâ islamique, les innovations introduites par le CSP, l'idée de la prévalence de l'homme sur la femme, n'est guère battue en brèche, ni remise en cause. Bien au contraire, ces *réajustements* n'ont été conclus que dans la juste mesure où ils ne portaient pas fondamentalement atteinte à la suprématie patriarcale ».

Interpellé par les femmes et par le mouvement féministe autonome, le législateur tunisien n'a cessé de prendre des mesures pour atténuer les inégalités et assurer une protection spécifique aux femmes, tant sur le plan matériel que familial, pendant le mariage et en cas de divorce.

Mais le dispositif législatif en place s'avère très vite insuffisant et loin de garantir aux femmes leur droit à la sécurité économique, à la dignité, « à un niveau de vie suffisant », « à une nourriture, à un vêtement et à un logement suffisants », ainsi « qu'à l'amélioration constante du niveau de vie », comme le prévoit le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels souscrit par la Tunisie le 29 novembre 1991.

Il est important de constater que le législateur, en se penchant sur ces questions, était -et est- appelé à répondre à un triple impératif : d'une part, protéger la propriété privée ; d'une autre part, encourager les femmes à réaliser leur indépendance économique et rompre définitivement avec le statut d'assistées en assumant leur citoyenneté pleine et entière ; et enfin, répondre à leurs attentes en les prémunissant d'une régression économique en cas de divorce par la garantie de leur niveau de vie.

Ce triple impératif n'est pas chose aisée dans un pays où le système politique est dirigiste, la société civile autonome faible et le mouvement féministe militant plus porté sur la question de l'autonomie des femmes que sur la nécessité de leur assurer un confort matériel dans le cadre des rapports familiaux.

En prenant en considération ces données, on comprendra mieux tout le dispositif législatif tunisien qui vise à atténuer les préjudices matériels subies par les femmes à la suite d'un divorce.

Les protections concernent forcément différents domaines, dont le régime matrimonial des biens mobiliers ou immobiliers, le droit au logement et à une vie décente après le divorce et, enfin, les conséquences matérielles directes du divorce comme les indemnités.

2 LE RÉGIME MATRIMONIAL DES BIENS ENTRE L'IMPÉRATIF DE L'INDÉPENDANCE ÉCONOMIQUE, LA NÉCESSAIRE PROTECTION DES FEMMES ET LA SACRALITÉ DE LA PROPRIÉTÉ PRIVÉE

Même si le CSP n'a pas précisé de façon claire la question du régime matrimonial, il n'en demeure pas moins vrai que le régime légal était bien celui de la séparation des biens.

Toutes les dispositions confirment ce choix et montrent que le souci majeur du législateur en ce domaine était de protéger les femmes et leurs biens de la main mise du mari plutôt que de leur assurer la sécurité économique en cas de divorce.

LA DOT.

Le CSP considère la dot comme une condition du mariage (article 12 modifié par la Loi n°93-74 du 12 juillet 1993) et stipule que : « La dot peut être constituée par tout bien licite évaluable en argent. Elle appartient à l'épouse ».

Article 13. « Le mari ne peut, s'il n'a pas acquitté la dote, contraindre la femme à la consommation du mariage. Après la consommation du mariage, la femme, créancière de sa dot, ne peut qu'en réclamer le paiement. Le défaut de paiement par le mari ne constitue pas un cas de divorce ».

Article 4. « La dot ne tombe pas dans la communauté, elle demeure la propriété exclusive de l'épouse ». Loi 1998 sur la communauté des biens.

Dans certains pays la dot constitue une acquisition de valeur pour les femmes, représentant une garantie pour leur avenir, surtout si le paiement d'une partie est effectué en cas de dissolution du mariage (moukadem moakher). En Tunisie ce n'est pas le cas. Si le principe de la dot est maintenu et amendé pour devenir la propriété exclusive de l'épouse, il est clair que la volonté politique était d'en faire une somme symbolique (voire, comme exemple, toute la campagne qui a été orchestrée autour du mariage du président de la République, Bourguiba, qui a donné à son épouse un dinar, soit moins d'un dollar).

Et c'est justement ce symbole que le mouvement féministe (l'ATFD) a tout au long de ses luttes dénoncé, considérant que « le maintien de la dot, la reconduction du

statut du mari chef de famille pourvoyeur aux besoins de l'épouse et des enfants, la reconnaissance d'une présomption de tutelle au profit de l'époux, la référence dans la définition des devoirs conjugaux aux usages et coutumes, la perpétuation des inégalités successorales, etc., constituent manifestement la conservation et la légalisation d'un ordre traditionnel, assignant à chacun une place socialement et culturellement déterminée et prescrivant aux femmes des identités traditionnelles pérennes », et appelle à sa suppression « pure et simple ».

RÉGIME JURIDIQUE DES BIENS MATRIMONIAUX.

L'article 24 du CSP prévoit clairement que « le mari ne dispose d'aucun pouvoir sur les biens propres de sa femme ». Il reconnaît à l'épouse la liberté de disposer de ses biens et toutes les dispositions, notamment dans le cadre du Code Civil (Code des obligations et des contrats) qui étaient en contradiction avec ce principe, comme la nécessaire autorisation du mari pour le travail de l'épouse ou la limitation de ses droits sur ses biens au-delà d'un certain pourcentage, sont tombées en désuétude avant d'être supprimées.

Tout en optant pour l'individualité de la femme et son nécessaire renforcement, le législateur tunisien a accordé la possibilité aux époux, et par conséquent aux épouses, de prendre des mesures préventives et même de choisir un régime matrimonial autre que le régime légal, et ce conformément à l'article 11 du CSP qui prévoit que : « Peut être insérée dans l'acte de mariage, toute clause ou condition relative aux personnes ou aux biens. En cas de non réalisation de la condition ou d'inexécution de la clause, le mariage peut être dissous par divorce. Cette dissolution n'ouvre pas droit à indemnité si elle a lieu avant la consommation du mariage ».

Il est dommage de constater que ce texte a été très rarement utilisé par les femmes pour assurer leur sécurité pendant la vie maritale et surtout en prévision d'un divorce. Les rares femmes qui l'ont fait, ont agi pour se prémunir des législations non protectrices dans le cadre des mariages avec des non tunisiens (surtout les pays arabes). Elles ont « osé » introduire certaines conditions relatives aux personnes, comme le refus de la polygamie, le choix du domicile ou l'acceptation des enfants d'un premier mariage et très exceptionnellement des clauses relatives aux biens qui d'ailleurs sont plutôt sous forme d'indemnités que par l'acquisition de biens mobiliers ou immobiliers.

S'il est indéniable que la protection des biens de l'épouse et son droit d'en disposer en toute liberté sont des acquis très importants, la question est de savoir

si elle a les mêmes chances que son époux d'accéder à la propriété et d'en jouir même en cas de séparation. Les femmes qui divorcent à leur demande ou à la demande de leurs époux découvrent que le divorce a pour conséquence immédiate de les appauvrir ou, du moins, de baisser leur niveau de vie et leur faire perdre leur sécurité économique.

Le pourcentage des femmes propriétaires ou économiquement indépendantes reste faible, même si elles sont de plus en plus actives (en 2004 il a atteint 26,6% de la population active). Toutefois, quelque soit leur statut et sous le poids des coutumes, elles continuent à accepter que les biens acquis au cours du mariage soient enregistrés exclusivement au nom de l'époux.

Dans ce cas, en divorçant, elles sont privées des fruits de leur travail ou de leur participation directe ou indirecte au patrimoine.

a) Pour les biens meubles.

a.1. Les cadeaux : Article 28 (modifié par la Loi n°93-74 du 12 juillet 1993) : « En cas de dissolution du mariage avant la consommation, pour un motif imputable à l'un des conjoints, les présentes offerts de part et d'autre après la conclusion du mariage, seront restitués dans leur consistance actuelle même s'ils sont altérés. Aucune restitution ne sera faite après la consommation du mariage ».

Pour l'épouse ce sont surtout les bijoux qui sont impérissables et qui acquièrent de la valeur. Ils lui appartiennent dès le moment où la consommation du mariage a eu lieu. Il était de tradition que les épouses les vendent ou les mettent en gage contre des prêts privés ou publics (voir annonces de la trésorerie générale au Journal Officiel de la République Tunissienne, JORT), d'autres aussi découvrent que le mari s'en est emparé.

a.2. Les biens se trouvant dans le domicile : Sauf si les époux les ont mis sous le régime de la communauté des biens, ce qui est rarissime, les articles 26 et 27 du CSP semblent avoir apporté les solutions en cas de litige : « En cas de contestation entre les époux au sujet de la propriété des biens se trouvant au domicile conjugal et d'absence de preuves, il sera fait droit à la prétention de chacun des époux qui, sous la foi du serment, pourront prendre respectivement les biens appartenant habituellement aux hommes et ceux appartenant habituellement aux femmes.

Si les biens contestés sont des marchandises, ils seront attribués, sous la foi du serment, à l'époux commençant. Les biens indifféremment possédés par les

hommes et les femmes, seront, après serment prêté par les époux, partagés entre eux ».

« Lorsqu'un des époux prédécédé et qu'une contestation s'élève entre le conjoint survivant et les héritiers du prédécédé au sujet de la propriété des biens se trouvant au domicile conjugal, les héritiers prendront la place de leur auteur dans les conditions de l'article précédent ».

En réalité, beaucoup de difficultés se posent au niveau de leur application. Le juge demande à celui qui revendique la propriété des biens de le prouver. Or, rares sont ceux qui détiennent les factures, leur usage n'est pas de mise dans nos traditions.

Donc ce qui se passe souvent, c'est que les maris, mais aussi les épouses, s'approprient leurs biens par la ruse. Autrement dit, c'est la loi du plus fort et du plus rusé des deux qui règne (c'est celui qui s'empare le premier des biens meubles et qui les dissimule qui en devient propriétaire, et c'est à l'autre d'apporter la preuve de l'existence de ces objets et qu'ils lui appartiennent. Leur valeur, faute de facture, reste par ailleurs indéterminée).

Et même si toutes ces preuves sont réunies, le recouvrement des dettes civiles est une affaire plus que difficile qui demande parfois des années pour la femme divorcée qui affronte seule les frais d'installation dont le coût augmente tous les jours.

b) Pour les biens immobiliers.

Comme cela a été déjà dit, les femmes n'inscrivent pas en leur nom automatiquement les biens immobiliers qu'elles ont financés ou cofinancés. Devant cette éventualité d'être privées de ces biens, les épouses qui jouissent de la liberté de disposer d'elles mêmes hésitent à demander le divorce (11.000 divorces en 2006).

D'ailleurs, l'expérience du centre d'écoute et d'orientation des femmes victimes de violence de l'Association Tunisienne des Femmes Démocrates (ATFD) a montré que la crainte des femmes de perdre leur sécurité matérielle et surtout celle de leurs enfants, les pousse à des « sacrifices » qui peuvent aller à des violences extrêmes.

Le droit sacré de la propriété privée a la primauté sur tous les autres droits. Cette règle fait l'unanimité de la loi comme la jurisprudence ou chez les décideurs :

ainsi les épouses, même si elles apportent la preuve irréfutable qu'elles ont payé ou participé à l'acquisition de biens pendant le mariage, elles ne peuvent pas se les approprier s'ils sont inscrits au nom du mari : « Le paiement du prix de l'achat du bien par l'épouse ne lui donne pas le droit à la propriété, les modes d'acquisition de la propriété étant limitées par l'article 22 du Code des droits réels ».

Toutefois, cela peut constituer un enrichissement sans cause lui ouvrir le droit au remboursement de ce qu'elle a payé. Inutile de revenir dans ce cas aux délais et difficultés d'obtention et d'exécution des jugements en matière civile.

En attendant le remboursement de son dû, la femme risque de tomber dans la précarité d'autant que face à la dévaluation de la monnaie nationale, les prix de l'immobilier grimpent et les biens immobiliers acquis par les époux pendant le mariage connaissent une plus-value difficile à compenser par les sommes remboursées.

Partant de ce constat, l'État tunisien a dû intervenir à plusieurs reprises.

LA TENTATIVE AVORTÉE (LOI 1981).

Une commission *ad hoc* multidisciplinaire a été constituée et chargée de réfléchir sur les problèmes qu'affrontent les femmes divorcées sur le plan matériel -notamment la détérioration de leur niveau de vie-, faire des propositions de loi à l'Etat afin de répondre aux nouvelles réalités des femmes et les protéger contre les risques de la précarité, pire encore, le risque de la « débauche » en cas de divorce.

Cette commission confirme la réalité décriée par les femmes divorcées et appréhendée par l'État : Elle reconnaît l'apport financier de l'épouse dans l'acquisition des biens, par le travail ou le sacrifice de ses propres biens, mais ajoute que « même si elle ne travaille pas, l'épouse participe à la constitution du patrimoine familial et ce par la prise en charge de la quasi-totalité des responsabilités familiales, dont les tâches ménagères et l'éducation des enfants, et permet au mari de se consacrer totalement à son travail ».

Prenant les devants la commissio précise que la chariâ ne s'est pas prononcé sur le régime des biens entre époux. Elle avait pour souci majeur de protéger les épouses par rapport à l'époux polygame, en insistant sur leur liberté de disposer librement de leurs biens et dans tous les cas elle ne s'oppose pas à l'instauration du régime de la communauté des biens.

Partant de ces constats et dans un souci de justice, d'équité mais aussi de morale, la commission propose comme solution d'introduire le régime de la communauté des biens limitée aux acquêts.

Mais cette proposition a rencontré des résistances auprès de divers milieux et a abouti finalement à l'amendement de 1981 qui s'est contenté d'introduire « la rente viagère » en cas de divorce dont la femme est victime et qu'on verra plus loin.

La précarité de la situation économique des femmes, leur difficile accès à la propriété, l'effet des lois applicables en matière d'héritage (au mâle le double de la part des femelles), les us et coutumes, viennent confirmer une réalité qui veut que, si le divorce peut être un soulagement, une délivrance et une libération pour les femmes qui le demandent, il participe de la détérioration de leurs conditions de vie ou, au mieux, à baisser leur niveau de vie.

C'est pourquoi le législateur a dû intervenir de nouveau en 1998 pour introduire les régimes (au pluriel) de la communauté de biens limitée aux acquêts comme régime facultatif.

LOI DE 1998 RELATIVE AU RÉGIME DE LA COMMUNAUTÉ DES BIENS ENTRE ÉPOUX. LE CHANGEMENT DIFFICILE.

Loi n°98-91 du 9 novembre 1998, relative au régime de la communauté des biens entre époux :

Article 1. « Le régime de la communauté des biens est un régime facultatif pour lequel les époux peuvent opter au moment de la conclusion du contrat de mariage ou à une date ultérieure. Ce régime a pour but de rendre un immeuble ou un ensemble d'immeubles propriété indivise entre les époux lorsqu'ils sont propres à l'usage familial ».

Article 2. « Lorsque les époux déclarent qu'ils choisissent le régime de la communauté des biens ils seront soumis aux dispositions de cette loi, toutefois, ils leur appartient de convenir de l'élargissement du domaine de la communauté à condition d'en faire mention expresse dans l'acte ».

Article 7. « L'officier public chargé de la rédaction du contrat de mariage doit rappeler aux deux parties les dispositions des articles 1 et 2 de cette loi et mentionner leur réponse dans le contrat.

L'officier public qui rédige l'acte doit en adresser un extrait à l'officier d'état civil du lieu de naissance de chacun des époux, dans un délai de dix jours à partir de la date de sa rédaction, ce dernier devra le transcrire dans ses registres.

Le mariage conclu sans la mention de l'option des deux époux concernant le régime des biens matrimoniaux est présumé consacrer le choix du régime de la séparation des biens ».

Le législateur a offert aux jeunes mariés un éventail de régimes tous facultatifs. Autrement dit les couples, en se mariant, ne sont plus automatiquement sous le régime de la séparation des biens. Ils doivent se prononcer clairement, soit pour ce régime de la séparation, soit pour l'un des différents types de la communauté.

Cette loi semble avoir été adoptée dans un but éducatif. L'État voulait plutôt participer aux changements des mentalités, notamment des jeunes, en leur donnant l'occasion de réfléchir sur ces questions avant de s'engager dans la vie matrimoniale.

Mais très vite il va réaliser l'échec de ces dispositions profitables aux femmes. S'il n'y a pas de chiffres exacts publiés, on peut affirmer sans risque que le taux de mariages sous le régime de la communauté ne peut dépasser 20%. Plus encore, certains attendent avec impatience le délai de deux ans pour revenir au régime de la séparation des biens selon l'article 21 de la même loi : « Les deux époux peuvent modifier par accord le régime de leurs biens communs et ce, après l'écoulement de deux ans au moins à partir de la date de son institution ; l'accord doit être constaté par acte authentique ».

D'autres précipitent le divorce pour se débarrasser de cet engagement et acquérir un bien immobilier sans inquiétude.

Par contre, des « vieux couples » commencent à envisager la possibilité de s'engager dans le régime de la communauté afin de garantir la sécurité matérielle à leurs épouses *après leur décès*.

Comment peut-on expliquer la timidité de cette réforme, les résistances qu'elle a provoqué au niveau de son application et les limites de son impact sur le vécu des femmes ?

Une analyse de la situation politique dans notre pays s'impose. Si les pouvoirs politiques tunisiens n'ont pas réussi à introduire -pour la deuxième fois et 20

ans après la première tentative avortée- le régime de la communauté des biens comme régime légal, c'est parce qu'ils étaient déjà conscients des difficultés que l'imposition d'un tel régime pouvait susciter.

La propriété privée, surtout foncière, est un droit culturellement sacré et constitutionnellement consacré par l'article 14 de la Constitution tunisienne.

D'autre part, la Tunisie évolue dans un environnement régional très complexe : Les femmes tunisiennes et leur CSP sont perçus et présentés par les chaînes satellitaires arabes comme étant complètement « occidentalisés, coupés de leur culture et en rupture avec leur identité ». Ces chaînes, largement regardées par les tunisiens et tunisiennes, diffusent des discours discriminatoires et carrément misogynes.

En face l'État tunisien, allergique à tout débat pluriel public de société, exclue les courants contestataires égalitaires non « soumis », diffuse de son côté un discours de propagande qui se résume en une phrase : « La femme tunisienne a tout eu, elle a le meilleur statut du monde ».

Du coup, chaque réforme annoncée pour atténuer les discriminations à l'égard des femmes est perçue par les hommes comme une violation de leurs droits et une menace sur leur statut.

Ce sentiment que « les femmes ont plus de droits que les hommes » se transforme en discours qui se propage dans la société. L'expression libre et publique, qui ne met pas en cause directement l'État -n'étant pas organisée ni encouragée- ne provoque pas de représailles de sa part.

Il essaie de s'y accommoder, non sans difficultés et sous la pression des femmes et des associations féministes et partant de sa volonté d'améliorer son image à l'étranger. Il continue à prendre diverses mesures politiques et législatives pour atténuer les conséquences économiques du divorce sur les femmes. Il a autorisé et encouragé le cumul des crédits bancaires des deux époux pour l'achat d'un logement et une loi a été promulguée pour exonérer les actes de donation des biens immobiliers entre époux des droits d'enregistrement.

Ces mesures visent à encourager l'accès des femmes à la propriété foncière, mais surtout au logement, qui reste la première difficulté à laquelle la femme divorcée est confrontée. Elle fait face à la privation, sinon détérioration, de son statut social et à une menace réelle de sa sécurité.

LE DROIT HUMAIN DES FEMMES À UN LOGEMENT.

Effectivement, la question des biens concerne souvent le logement qui est considéré comme un bien familial parce que souvent il n'aurait pas été acquis sans l'apport de l'épouse.

Quel droit a l'épouse sur le logement familial en cas de divorce ? Le seul cas où la femme divorcée peut prétendre à la sécurité du logement c'est quand le logement est sa propriété exclusive. Dans ce cas, la loi tunisienne, ne prévoyant pas de séparation, et même dans le cas d'un divorce caprice à sa demande ou pour préjudice (y compris pour violence sur elle même ou sur les enfants), les délais d'éviction du mari sont très longs. Cela peut prendre des mois, et même des années. Mais elle finit par jouir de son droit.

La situation devient différente à partir du moment où le logement est commun ou la propriété exclusive du père. Si le logement est commun et que le couple n'a pas d'enfants mineurs, le juge de la famille se dessaisit du contentieux qui devient civil. Il intervient en cas d'existence d'enfants mineurs et c'est le parent qui a la garde qui en bénéficie.

Souvent c'est la mère qui bénéficie de cette garde et si le juge lui accorde à ce titre le droit de maintien au domicile conjugal, en aucun cas il ne prend la décision d'évincer l'ex-mari, arguant que « la loi ne permet pas d'évincer le mari propriétaire, de son propre bien ». Il en résulte que le couple divorcé par le tribunal n'est pas séparé. Cette situation est vécue par les femmes comme un cauchemar. N'est ce pas là un mariage hors des formes légales -mariage orf- interdit légalement depuis 1958 et constituant un délit ?

Certaines femmes ont même préféré de quitter leur logement pour louer un autre moins confortable, plutôt que de subir une cohabitation forcée.

Si le mari est propriétaire exclusif du logement et si sa femme n'a pas la garde de leurs enfants, elle n'a aucun droit de maintien quelque soit son âge, les années de mariage et le nombre de propriétés acquises au cours du mariage. Le mari n'a aucune obligation de loger son ex épouse.

Cette dernière, une fois divorcée a du mal à réintégrer le domicile parental, soit pour des raisons culturelles patriarcales (c'est le frère qui s'approprie la maison familiale) ou pour des raisons économiques (la pauvreté), mais aussi parfois par choix, car certaines femmes ont vécu leur mariage comme une libération du joug familial.

Le droit au logement est donc un droit des enfants sur leur père comme le prévoit clairement l'article 56 du CSP modifié par la Loi du 4 mars 2008 : « ...le père doit pourvoir au logement de l'enfant et à la titulaire de la garde si cette dernière n'a pas de logement ». Ce texte est venu limiter toute la latitude qui était laissée aux juges de faire le choix entre le maintien au domicile et l'octroi d'une indemnité. Les décisions étaient prises au cas par cas. Souvent les femmes d'ailleurs posaient la question : « Pourquoi ma voisine, une parente, une amie... a eu le droit au maintien et pas moi ? ». Il était difficile de leur répondre : « Oubliez de comparer, chaque situation est unique ».

Cette loi n'a pas rendu le droit au maintien au domicile familial des enfants opposable aux tiers, mais elle oblige « de mentionner ce droit au maintien dans tout acte de cession ou d'hypothèque du domicile ».

Elle pénalise aussi le non paiement de l'indemnité de logement tout comme la pension alimentaire ou la rente viagère. Elle a aussi pour but de mettre fin aux sommes dérisoires qui étaient fixées souvent en la matière. Elle a octroyé à la justice les éléments d'évaluation de l'indemnité en fonction du niveau de vie de la famille.

Cette loi prévoit la révision de la question de l'hébergement par le juge en référé afin d'éviter les manœuvres frauduleuses du père, qui souvent aboutissaient à l'éviction des enfants sans que la justice puisse intervenir à temps.

Mais cette réforme reste limitée :

- Elle maintient la position de l'épouse par rapport au logement, qui reste provisoire et tributaire des enfants ; son droit à un logement décent n'est pas reconnu.
- Elle n'empêche pas le père de disposer librement de son bien.

Malgré ses limites, cette loi avait suscité des hostilités et des résistances au sein même de l'État et du parti au pouvoir (n'ayant pas été discuté ailleurs).

D'ailleurs, l'avis du conseil exprime ce malaise : « Toute limitation du droit de propriété prise par une loi pour la protection des droits d'autrui et pour le progrès social constitue un cas de restriction de l'exercice du droit de propriété ».

DROIT DE LA FEMME DIVORCÉE À UNE VIE MATÉRIELLEMENT DIGNE.

1. Droit alimentaire de la femme sur la famille.

Article 50. « La pension alimentaire comprend la nourriture, l'habillement, le logement, l'instruction et tout ce qui est considéré comme nécessaire pour l'existence, selon l'usage et la coutume ».

Article 46. (modifié par la Loi n°93-74 du 12 juillet 1993) « Les aliments continuent à être servis aux enfants jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de la majorité ou, au-delà de cette majorité, jusqu'à la fin de leurs études, à condition qu'ils ne dépassent pas l'âge de 25 ans. La fille continue à avoir droit aux aliments tant qu'elle ne dispose pas de ressources ou qu'elle n'est pas à la charge du mari ».

Cette obligation est transmise au mari après la consommation du mariage conformément à l'article 23 du CSP (modifié par la Loi n°93-74 du 12 juillet 1993) : « Chacun des deux époux doit traiter son conjoint avec bienveillance, vivre en bon rapport avec lui et éviter de lui porter préjudice.

Les deux époux doivent remplir leurs devoirs conjugaux conformément aux usages et à la coutume.

Ils coopèrent pour la conduite des affaires de la famille, la bonne éducation des enfants, ainsi que la gestion des affaires de ces derniers y compris l'enseignement, les voyages et les transactions financières.

Le mari, en tant que chef de famille, doit subvenir aux besoins de l'épouse et des enfants dans la mesure de ses moyens et selon leur état dans le cadre des composantes de la pension alimentaire.

La femme doit contribuer aux charges de la famille si elle a des biens ».

Article 42. « La créance alimentaire de la femme ne se prescrit pas ».

Article 47. « En cas d'indigence du père, la mère est appelée avant le grand-père pour servir des aliments à ses enfants ».

Article 53. « Si les créanciers d'aliments sont plusieurs et que celui qui les doit ne peut pas les leur servir à tous, l'épouse est appelée avant les enfants et ces derniers avant les ascendants ».

Article 53 bis (ajouté par la Loi n°81-7 du 18 février 1981 et modifié par la Loi n°93-74 du 12 juillet 1993) « Quiconque, condamné à payer la pension alimentaire ou à verser la rente de divorce, aura volontairement demeuré un mois sans s'acquitter de ce qui a été prononcé à son encontre, est puni d'un emprisonnement de trois mois à un an et d'une amende de 100 à 1.000 dinars.

Le paiement arrête les poursuites, le procès ou l'exécution de la peine.

Le fonds de garantie de la pension alimentaire et de la rente de divorce procède, dans les conditions édictées par la loi portant création du fonds, au paiement de la pension alimentaire ou de la rente de divorce objet de jugements définitifs rendus au profit des femmes divorcées et des enfants issus de leur union avec les débiteurs, mais demeurés non exécutés par le fait de l'atermoiement de ces derniers.

Le fonds de garantie est subrogé aux bénéficiaires du jugement pour le recouvrement des sommes qu'il avait payées ».

Si l'épouse doit participer aux dépenses familiales, cette obligation a été limitée par la jurisprudence. En effet, le travail ou le revenu de l'épouse est pris en considération dans l'évaluation de sa pension et celle des enfants et à laquelle le chef de famille est condamné. Mais dans tous les cas, la pension alimentaire de l'épouse prend fin avec le divorce et après le délai de viduité soit de trois mois.

D'autre part, malgré toutes ces précautions législatives et les procédures judiciaires spéciales (notamment l'institution du substitut du procureur de la République chargée de la famille), les délais de recouvrement peuvent être longs et causent à l'épouse et aux enfants de dégâts réels.

Enfin, il faut noter que le fonds de garantie de la pension qui a constitué un événement très important, s'est vite avéré impuissant face à la demande qui est trop grande et a dépassé toutes les prévisions. Il devenait difficile pour cette institution de se substituer à tous les récalcitrants ; c'est pourquoi le domaine de son intervention s'est beaucoup rétréci au fil des années.

2. La sécurité économique des femmes divorcées n'est pas un droit.

Article 31 du CSP (modifié par la Loi n°81-7 du 18 février 1981). « Le tribunal prononce le divorce :

- 1°) en cas de consentement mutuel des époux,
- 2°) à la demande de l'un des époux en raison du préjudice qu'il a subi,
- 3°) à la demande du mari ou de la femme.

Il est statué sur la réparation du préjudice matériel et moral subi par l'un ou l'autre des époux et résultant du divorce prononcé dans les deux cas prévus aux 2^{ème} et 3^{ème} alinéas ci-dessus.

En ce qui concerne la femme, le préjudice matériel sera réparé sous forme de rente payable mensuellement et à terme échu à l'expiration du délai de viduité, en fonction du niveau de vie auquel elle était habituée durant sa vie conjugale, y compris le logement. Cette rente est révisable en augmentation ou en diminution, compte tenu des fluctuations qui peuvent intervenir. Elle continue à être servie jusqu'au décès de la femme divorcée ou si certains changements interviennent dans sa position sociale par le remariage ou lorsqu'elle n'en a plus besoin. Cette rente devient une dette qui entre dans le passif de la succession lors de décès du divorcé et doit être en conséquence liquidée à l'amiable avec les héritiers ou judiciairement par un seul versement, et ce, compte tenu de l'âge de la bénéficiaire à cette date. Le tout, à moins que celle-ci préfère que la rente lui soit servie sous forme de capital en un seul versement ».

Comme cela a été dit, depuis la promulgation du CSP en 1956 l'État tunisien n'a cessé de prendre des mesures et de proposer des lois spécifiques pour éviter à l'épouse la précarité matérielle à laquelle elle est confrontée dès qu'elle est divorcée, mais toutes ces mesures et réformes législatives n'ont pas réussi à assurer aux femmes la dignité à laquelle elles ont droit en tant qu'êtres humains. Les textes sont clairs et ne tolèrent aucune exception ; ne peut avoir droit à une réparation matérielle que l'épouse qui a été divorcée à la demande de son mari sans raison (par caprice) ou à sa demande à elle pour avoir subi un préjudice causé par son mari. Une épouse qui est « fautive » n'a pas le droit à une sécurité matérielle quelque soit sa situation et quelques soient les moyens de son mari.

D'autre part, il est essentiel de constater que dans le cas où la femme a droit à la réparation, les sommes octroyées sont rarement suffisantes pour lui garantir le niveau de vie auquel elle était habituée pendant la vie conjugale.

Enfin, ces évaluations sont soumises à la libre appréciation du juge. Ce dernier, très attaché au principe de la neutralité, s'abstient « d'aider à la constitution des preuves ».

■ 3 CONCLUSION

L'État tunisien a eu le courage politique de s'engager très tôt dans le sens de l'élimination des discriminations et il n'a pas cessé de prendre des mesures et d'initier la promulgation des lois confirmant cet engagement ; il a été très vite conscient des répercussions matérielles du divorce sur les femmes. Il est dommage de constater que les préoccupations politiciennes et les limites imposées à la liberté d'expression et aux débats publics, empêchent des réformes d'envergure susceptibles de mettre fin à l'insécurité économique que peut vivre une femme du fait du divorce qui est considéré par la loi tunisienne comme un droit égal pour les hommes et les femmes sans discrimination.

PANNEAU 3

L'application du Code de la
famille marocain par les juges

LE RÔLE DU JUGE DANS L'APPLICATION DU NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE¹

Mohamed Mouagit

Professeur

Faculté des Sciences Juridiques, Économiques et Sociales

Université Hassan II. Aïn Chok

Casablanca (Maroc)

1 INTRODUCTION

En mettant en exergue le rôle du juge dans l'application du nouveau Code de la famille (NCF), la réforme et les réactions qui en résultèrent justifient que l'on se pose la question de savoir si le juge peut accompagner le processus de changement impulsé par le législateur. La mise en doute qu'implique inévitablement cette question n'est pas seulement justifiée théoriquement. Le point de vue critique de certains représentants de la doctrine juridique marocaine, tenants d'une vision qui se voulait, au temps de l'ancienne Moudawana, progressiste, ont fait état de la « créativité fort timide » du juge marocain dans le cadre de l'ancienne législation.

L'évaluation anticipatrice du rôle des juges dans l'application du NCF se situe en amont du processus judiciaire et porte sur ce qui conditionne en filigrane le produit judiciaire de la jurisprudence, puisqu'il s'agit d'inscrire le pouvoir d'interprétation du juge, et ses conséquences sur l'application du NCF, dans le système culturel et de valeurs du juge. Le juge, comme tout autre acteur, est le produit et l'agent/acteur d'une culture, et cette donnée n'est pas sans effet sur le sens qu'il peut donner à la loi qu'il applique. Le juge n'est pas une machine à produire mécaniquement des jugements, c'est un individu qui adhère à un système culturel et à des valeurs.

Pour procéder à une telle évaluation, une enquête par entretien a été effectuée. Trente cinq magistrats ont été enquêtés : 21 juges du premier degré (8 de Rabat,

¹ Ce texte est un résumé de l'étude publiée dans le collectif : M. Benradi, Alami M'Chichi et A. Ounir (2007) : *Le Code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*. Friedrich Ebert Stiftung.

6 de Kénitra et 7 de Tanger) ; 8 juges d'appel (5 de Rabat et 3 de Kénitra) et 6 conseillers de la Cour Suprême. Sur les 35 magistrats, 6 sont des femmes.

■ 2 PROFIL SOCIAL ET PROFESSIONNEL DES MAGISTRATS

2.1. DES MAGISTRATS DE PROFIL SOCIAL « RURBAIN ».

Un trait dominant du profil des magistrats est le fait que, issus d'un milieu social modeste ou moyen, ils sont placés sur une échelle de mobilité sociale valorisante, car menant vers une condition sociale meilleure que celle dont ils sont issus. Par leur parcours social ou/et professionnel, ils se trouvent généralement à la jonction entre un milieu et une culture urbains et un milieu et une culture ruraux, c'est-à-dire, dans une situation qui favorise un rapport problématique des valeurs religieuses aux contraintes sécularisatrices de la vie citadine et urbaine (en partant du postulat que le milieu urbain est porteur de crise des valeurs religieuses et traditionnelles, ou, dit d'une autre manière, que le milieu rural est moins une source de problématisation des valeurs et des croyances religieuses que le milieu urbain et citadin). Quand ils sont d'un milieu plus citadin et urbain, un milieu lui-même « ruralisé » (du fait de l'exode rural et de l'extension des villes), la religiosité qui imprègne largement leur culture participe de l'ambiance d'hybridité et de tension qui résulte de l'état général de la société. Agés en moyenne de 35/40 ans et mariés, ils se trouvent devant un horizon ouvert, mais non sans écueils, de promotion professionnelle et de mobilité sociale.

2.2. DES MAGISTRATS MI-POSITIVISTES, MI-FIQ'HISTES.

La formation des magistrats en fait des magistrats « modernes », en ce sens qu'ils sont le produit d'institutions d'enseignement et de formation « positivistes ». Diplômés des facultés de droit et formés à l'Institut National des Études Judiciaires (INEJ), la base de leur formation est en langue arabe, avec une faible ouverture sur des langues étrangères. Bien que la carrière de la magistrature soit ouverte à la maîtrise de « shari'â » (aux détenteurs de la « 'Alimiyya » auparavant), au profil plus traditionnel, le corps de la magistrature assure désormais un profil de base non « fiq'histe ». Le profil positiviste du magistrat s'est renforcé au tournant des années quatre-vingts, lorsque les magistrats diplômés de la « 'Alimiyya » ont disparu au profit des magistrats issus des facultés de Droit. La quasi-totalité des juges des affaires familiales de premier degré n'a pas exercé sous l'ancienne Moudawana.

2.3. DES MAGISTRATS À DOMINANCE MASCULINE.

Un autre élément est d'importance dans la détermination du profil du magistrat. À l'image du corps de la magistrature dans son ensemble, mais de manière encore plus significative, le corps des magistrats des tribunaux de la famille est peu féminin. Peut-on en déduire qu'il risque d'être peu « féministe » ? Si l'on prend en considération, dans une perspective du genre, le fait que les femmes sont plus sensibles à leurs intérêts ou à leurs problèmes de femmes que ne le sont les hommes à leur égard, on peut présumer que la faible représentation des femmes parmi les magistrats officiant dans les tribunaux de la famille et le fait que la présidence des tribunaux est assurée généralement par des hommes, ce qui leur donne un pouvoir d'influence, sont de nature à favoriser une orientation moins « féministe », ou en tout cas plus androcentriste, de l'application du NCF.

2.4. DES MAGISTRATS DE CULTURE HYBRIDE.

Les principales caractérisations du système culturel et de valeurs des magistrats participent des caractérisations générales du système de valeurs de la société dans sa globalité (prégnance de la religion et de la morale ; clivage entre tradition et modernité ; non étanchéité entre ruralité et urbanité ; culture autoritaire, etc.).

- Le système culturel et de valeurs du juge renvoie à un système général de convictions sociales et religieuses. Le trait principal de ce système de valeurs est la « patriarcalité » ; j'entends par là un système de valeurs fondé sur un modèle général de relation autoritaire et vertical, dont la manifestation principale est la relation d'inégalité et de discrimination à l'encontre des femmes. La croyance religieuse est le foyer central et la forme dominante de légitimation du modèle patriarcal. Probablement au fondement « archéologique » des systèmes religieux, ce modèle est indépendant de la croyance religieuse du fait qu'il survit à la sécularisation des sociétés et qu'il se maintient dans les systèmes de convictions et de valeurs des idéologies et des pratiques sociales des sociétés sécularisées.
- Le système culturel et de valeurs du juge est un système en crise et en mouvement, d'une part pour une raison générale qui n'est pas spécifique au juge : la crise du modèle patriarcal traversant l'ensemble de la société et impliquant dans ses remises en cause idéologiques tous les individus et acteurs sociaux ; d'autre part pour une raison spécifique au juge, et particulièrement encore le juge de la famille, dont la culture juridique combine de manière hétérogène et problématique le « positivisme » et le « fiq'hisme ».

- Le profil des magistrats, à l'image de l'ensemble de la société marocaine dans l'état actuel de son évolution, est, sous l'angle des valeurs, un profil « hybride », c'est-à-dire, défini ou se définissant comme une combinaison de la tradition et de la modernité.

Quelle attitude un tel système culturel et de valeurs favorise-t-il ou est-il susceptible de favoriser chez le juge ? Cette attitude apparaît comme progressiste, au moins en ce qui concerne l'attitude du juge à l'égard de la réforme en son principe. Le progressisme du juge semble toutefois être moins spontané que l'effet d'un alignement sur la volonté de changement du pouvoir politique. Les hésitations, les contradictions ou les nuances qui émaillent les réponses à des questions plus « délicates », les contradictions et nuances relativisent assez le progressisme des juges. Par exemple, le maintien de la wilaya a été jugé par un magistrat souhaitable dans le cas de la fille, particulièrement dans le cas de la fille rurale. Cette réserve, loin d'émaner d'une personne ringarde et « vieux jeu », est au contraire le fait d'un magistrat ouvert et souple d'esprit. Elle est plus motivée par des considérations moralistes et paternalistes (protéger la jeune fille contre le risque du « fassâd ») que par une raison d'ordre religieux. Ce souci moraliste, comme on le verra par la suite, est assez sensible chez le juge et semble avoir son rôle dans la prise des décisions judiciaires.

L'expression « progressiste par décret » permet de rendre compte de cette attitude qui consiste à acquiescer plus facilement à une réforme décrétée par l'autorité qu'à être favorable à son initiation. Elle s'impose à propos des magistrats parce que la présomption est que le juge adhérera, au moins en apparence, plus facilement à des valeurs modernes qu'il ne contribuera à les installer. La (très) faible créativité dont le juge a fait montre dans sa production jurisprudentielle antérieurement au NCF en est une preuve. On peut en conclure que, sans « décret », le juge (et la société devra-t-on ajouter) se fera difficilement progressiste ou audacieux, ou à tout le moins, se fera hybride dans l'usage de son pouvoir d'interprétation, et s'il peut surprendre, ce sera sur fonds d'une attitude intellectuelle globalement plutôt non audacieuse.

■ 3 LE POUVOIR D'INTERPRÉTATION DES MAGISTRATS DANS LE CADRE DU NCF

Dans l'ensemble, l'étendue et la portée du pouvoir d'interprétation du juge est fonction du potentiel herméneutique que la législation favorise et que le juge peut apprécier selon sa subjectivité. La marge de manœuvre laissée par le législateur au juge peut obéir à diverses raisons. L'une d'elles doit être relevée particu-

lièrement : dans un contexte fortement tendu où le législateur entend arbitrer au sein de la société entre une volonté de changement et une volonté de *statu quo*, comme celui dans lequel le NCF a vu le jour, la marge de manœuvre laissée au juge peut s'analyser comme une manière pour le législateur de faire reposer sur le juge la responsabilité d'un changement qu'il n'a pas voulu ou pu assumer.

Ainsi, la marge de manœuvre que le NCF favorise au profit du juge en matière d'autorisation de la polygamie est la conséquence du choix de non interdiction pure et simple de la polygamie par le législateur. Une interprétation de la loi en la matière qui viendrait à ne pas rendre effectivement exceptionnelle la pratique de la polygamie s'analyserait ainsi, à supposer qu'elle procède d'un esprit conservateur du juge, comme la conséquence d'abord du choix du législateur qui a laissé au profit du juge une certaine marge d'interprétation.

C'est à propos principalement des dispositions relatives à l'âge de mariage, à la polygamie et au partage des biens, que le pouvoir d'interprétation du juge a été mis à l'épreuve. On a ajouté à celles-ci une autre disposition, l'article 400, qui commande d'une manière générale au rôle du juge dans les cas pour lesquels la législation pourrait être restée sans principe de solution.

3.1. UN SOUCI MORALISTE.

L'appréciation de l'exception à l'âge de mariage est généralement fondée sur une « évaluation » purement subjective. Le juge évalue du regard (comme on dit dans le langage de tous les jours, « aynak mizanek ») la « dérogeabilité » de la jeune fille à l'âge minimal fixé par la loi, l'expertise du médecin prévue par la loi étant pratiquement traitée comme secondaire. Une autre manière d'apprécier du juge tente d'introduire un élément d'objectivité dans l'appréciation de l'exception en considérant que la dérogation ne peut jouer en dessous d'un certain âge (16 ou 17 ans). La troisième manière d'appréciation introduit un élément social ou moral dans la mise en œuvre de la dérogation ; il s'agit pour le juge de ne pas faire rater à la fille ou à sa famille l'opportunité d'un mariage, ou bien de faire de la dérogation un moyen de régulariser une relation extraconjugale qui tombe sous l'accusation morale et pénale du « fassad » susceptible, si la dérogation n'était pas appliquée, de conséquences sociales et pénales sur les individus et leurs familles.

Dans ce dernier cas, en appliquant le principe de la dérogation, le juge cherche à désamorcer une situation de « scandale » moral qui, d'un point de vue sociologique, peut être considérée comme une situation de rupture et d'« anomie ».

En matière de polygamie, le moralisme, ou le souci social, entre également en considération. Il ressort ainsi de l'enquête que celui-ci autorise la polygamie lorsqu'il comprend, d'une manière ou d'une autre, que la première épouse risque de faire les frais de son refus à accorder au mari le mariage à une seconde épouse, ou bien, mis devant le fait accompli d'une liaison extraconjugale et adultérine avec grossesse par un mari auquel l'autorisation d'une seconde épouse n'avait pas été accordée lors d'une première demande, il régularise la situation par une dérogation rétroactive, même si les conditions objectives requises ne sont pas réunies.

3.2. UN POSITIVISME À TENDANCE MOINS FAVORABLE AUX FEMMES.

Dans son ensemble donc, le système culturel et de valeurs du juge est une combinaison et une articulation entre un système de convictions sociales et religieuses et la culture juridique du juge. La culture juridique et l'idéologie professionnelle qui constituent la base de formation du juge et la base de son appartenance au corps professionnel de la magistrature sont faites d'une part d'une culture « positiviste », et d'autre part d'une culture « fiq'histe ».

N'étant pas initialement formé au fiq'h, ou ne l'étant désormais que superficiellement, comme cela est le cas des juges officiant dans les juridictions de la famille du premier degré, il est conduit à acquérir une culture fiq'histe pour son besoin professionnel de magistrat du contentieux familial. Au cours des entretiens avec les juges enquêtés, ceux-ci ont fait largement état de ce besoin de formation spécifique en matière de droit de la famille, auquel seules l'expérience et la pratique dans ce domaine du contentieux semblent pouvoir y répondre, dans la mesure où la formation juridique dans les facultés de Droit et à l'INEJ n'obéissent plus que marginalement à un enseignement de type fiq'histe.

Quand le profil positiviste prévaut dans l'interprétation des dispositions du NCF, il tend à se faire moins favorable aux femmes :

a) Dans le cadre de l'article 49, relatif au partage des biens :

La marge que cette disposition crée au profit du juge consiste dans le lien à établir entre le principe de solution que constitue cette disposition légale et le principe de solution jurisprudentiel du « kad wa si'âya ».

La formulation de l'article 49 combine de manière problématique deux principes de solution : elle fait reposer le partage des biens, en l'absence d'un accord, sur

le recours aux règles générales de preuve et sur la prise en considération des « efforts qu'il [le conjoint] a fournis et les charges qu'il a assumé pour le développement des biens de la famille ». Une telle formulation revient à intégrer dans la loi le principe jurisprudentiel du « kad wa si'âya », qui, en principe, n'obéit pas au régime légal de la preuve tel qu'il est régi par le Dahir des obligations et des contrats (D.O.C), mais aux règles « char'iyya » de preuve, et à le lier au régime des preuves du D.O.C., ce qui risque d'en restreindre l'importance et la portée. Sachant que le principe du « kad wa si'âya » est une application de référence fiq'histe, la « positivisation » du droit de la famille aurait ici un effet « régres-siste ».

Si l'on se fonde sur les opinions exprimées par les magistrats sur cette disposition dans le cadre de l'enquête, la tendance générale est d'interpréter l'article 49 en dehors de l'esprit de la jurisprudence du « kad wa si'âya », et à faire prévaloir un raisonnement plus positiviste que fiq'histe en considérant que les moyens de preuves en la matière sont ceux du D.O.C. Cette interprétation est moins favorable à la femme puisqu'elle a pour conséquence de priver l'épouse d'un principe jurisprudentiel qui reconnaissait sa contribution à l'enrichissement des biens familiaux.

b) Dans le cadre de l'article 400 :

Une attitude plutôt positiviste s'est également illustrée à propos du rôle du malikisme comme source supplétive dans les cas pour lesquels le législateur n'a rien prévu dans le NCF. Si l'on se fonde sur l'opinion des magistrats enquêtés, une proportion significative de magistrats est, sur le plan de la conviction, favorable à l'exclusivité du malikisme, alors que l'on peut utiliser l'article 400 dans le sens d'une ouverture à d'autres écoles juridiques plus favorables aux femmes que le malikisme, sachant que le discours d'orientation que le Roi a adressé aux membres de la Commission royale qui a été chargée de l'élaboration du projet du NCF a appelé à puiser les solutions adéquates dans d'autres rites que le malikite (ce qui n'est pas inédit, puisque l'élaboration de l'ancienne Moudawana s'est également ouverte à des solutions d'autres rites).

■ 4 PREMIÈRES CONCLUSIONS RELATIVES À L'APPLICATION DU NCF

En fin de compte, quelle réponse donner à la question : le juge marocain pourra-t-il accompagner la volonté de changement attestée par l'adoption du NCF et sa disposition culturelle et son système de valeurs sont-ils de nature à favoriser une telle orientation ? L'évaluation entreprise ici mène aux conclusions suivantes :

- Le pouvoir du juge, dans le cadre du NCF, d'infléchir, dans un sens ou dans un autre, l'application de la législation nouvelle relative à la famille, est réel, mais ne doit pas être surévalué ; ce pouvoir, qui est impliqué inévitablement par les dispositions objectives (liées à la formulation du langage et à l'articulation des dispositions du texte) de l'énoncé législatif, est aussi l'effet d'une intentionnalité du législateur qui, en grande partie, s'en remet au juge pour l'appréciation des cas, mais qui aussi, comme dans le cas de la polygamie, se déleste sur le juge du soin d'assumer un choix auquel le législateur s'est quelque peu dérobé ;
- D'une manière générale, la disposition culturelle et le système de valeurs du juge marocain actuel sont, par leur hybridité, plutôt gros d'une orientation de plus en plus moderne, mais dans la mesure où cette hybridité n'est pas seulement un attribut personnel du juge, mais une caractéristique institutionnelle et institutionnalisée du système politico-social marocain, elle ne peut être que l'expression « normale » du « fonctionnement » du système, c'est-à-dire, le reflet de ses limites et de ses inconséquences.

Le paradoxe est que l'évaluation de la tendance générale de l'opinion des juges à travers leur interprétation des dispositions-clés du NCF fait ressortir une orientation plutôt défavorable (non « progressiste ») de l'opinion judiciaire. Celle-ci s'explique, d'une part par le fait que le juge, à la faveur d'un pouvoir réel d'interprétation, tend à se faire moraliste dans son application du Code, en prenant en considération davantage les conventions sociales que l'esprit de la loi ; quand il se fait positiviste, le juge tend à être moins favorable aux femmes.

Dans quelle mesure l'analyse anticipée de l'application du NCF par les juges trouve-t-elle confirmation dans la jurisprudence ? Un rapport publié par la Ligue Démocratique des Droits de la Femme (LDDF) en 2005² portant sur la période entre février 2004 et décembre 2005 a donné des conclusions qui ne sont pas allées dans le sens des déclarations de satisfaction qui ont accompagné les chiffres et statistiques publiés par le Ministère de la Justice. Les conclusions de ce rapport font état notamment de :

- La tendance chez les juges à satisfaire largement les demandes d'autorisation pour le mariage des filles mineures (le nombre des demandes présentées aux 8 tribunaux à partir du 5 février 2004 à décembre de la même année a atteint 3.730 demandes, dont 3.603 ont été autorisées alors que le rejet n'a concerné

² Consulter le site web : www.mediterraneas.org/article.php

que 127 demandes) ; le rapport de la LDDF omet de remarquer que les demandes de dérogation à l'âge de mariage semblent ne concerner que les filles, alors que les garçons sont tout autant « dérogeables »³ ;

- En matière de polygamie, la tendance chez les juges est à accorder facilement les demandes d'adjonction d'une seconde épouse (dans les tribunaux de Marrakech et Rabat, le taux d'approbation des demandes dépasse 85%), alors que selon le Ministère de la Justice, la polygamie aurait régressé ;
- En matière de divorce, la tendance est à la régression du nombre d'actes de divorce et de répudiation (selon le Ministère de la Justice, le nombre d'actes de divorce et de répudiation au Maroc serait passé de 44.922 actes en 2003 à 29.668 en 2005, soit une baisse de 15.254 actes) ; cependant, les modalités de divorce ne sont pas encore statistiquement déterminables (selon le rapport de la LDDF, pour la ville de Rabat durant la période entre février et juillet 2004, les statistiques donnent la hiérarchie suivante : 414 cas de divorce « khôl » ou réversible, contre 82 cas de divorce pour préjudice ou désunion. La même tendance est révélée par les autres tribunaux d'une manière plus accentuée encore. Le divorce pour désunion pour l'année entière dans les huit autres tribunaux s'élève à 91 cas seulement). Ces observations sont de nature à relativiser le triomphalisme des conclusions du Ministère de la Justice.

Quant à l'analyse de la jurisprudence, il y a lieu de faire état des premières conclusions, encore provisoires mais non sans pertinence pour l'évolution en cours, de l'étude de Mme. Rabha Zeidguy⁴ effectuée sur les jugements des tribunaux de Rabat et de Kénitra : « (...) l'on ne peut nier certaines grandes tendances qui se dessinent. Il en est notamment ainsi en matière de divorce judiciaire pour raison de discorde ou « chiqaq ». La manière avec laquelle les magistrats abordent ce nouveau mode de dissolution du mariage, en s'inscrivant totalement dans l'esprit du texte, constitue un indice positif dans la voie du renforcement des droits de la femme.

Cet indéniable effort des juges se trouve néanmoins contrecarré par la tendance des femmes à renoncer à leurs droits sous l'effet des fortes pressions auxquelles

³ Les rédacteurs, à ce propos, ne parlent que de « la » mineure.

⁴ ZEIDGUY, R. (2007) : « Analyse de la jurisprudence ». In M. Benradi, H. Alami M'chichi, A. Ounir, M. Mouaquit, F. Z. Boukaïssi et R. Zeidguy : *Le Code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*. Friedrich Ebert Stiftung.

elles sont soumises de la part de leurs conjoints et, souvent, de leur méconnaissance de leurs droits.

En outre, certaines décisions, encore assez rares, laissent apparaître une attitude novatrice et plus égalitaire des juges, qui tranche avec leur position antérieure. En effet, ils n'hésitent plus à mettre en avant les intérêts de la femme, dans des domaines où ils se montraient très conservateurs jusque là. C'est notamment le cas des espèces rapportées dans lesquelles les épouses ont initiée des demandes en divorce judiciaire pour raison de « chiqaq », en faisant valoir que la cohabitation était devenue impossible du fait qu'elles se trouvaient à l'étranger et leur mari au Maroc, ou encore du fait qu'elles ne voulaient pas renoncer aux droits qu'elles ont acquis dans leur pays d'accueil.

Ces prémisses prometteuses signifient-elles que le juge marocain s'est résolument engagé sur la voie de la modernité ? La réponse doit être nuancée, d'une part parce que nous nous trouvons au début d'un long processus et, d'autre part, parce que le juge demeure soumis au poids de la tradition, comme l'atteste souvent la surabondance de motifs et son besoin fréquent, même en présence de dispositions claires et qui se suffisent à elles-mêmes, de recourir au référentiel religieux et aux auteurs classiques du droit musulman⁵ ».

⁵ Op. cit., p. 270.

ATELIER 1

LE MARIAGE ET LE DIVORCE DANS LA PRATIQUE. PROPOSITIONS D'AMÉLIORATION

Modératrice : Najat Chentouf

Avocate (Maroc)

L'atelier 1, intitulé « Le mariage et le divorce dans la pratique. Propositions d'amélioration » a eu lieu dans le cadre du Séminaire « Un regard sur le droit de la famille aux pays du Maghreb » organisé par l'ONG espagnole CIDEAL et le projet ADL de l'Agence Espagnole de Coopération Internationale pour le Développement (AECID), le 2 et le 3 avril 2008 à Tanger.

L'atelier a réuni 18 personnes représentant le Ministère de la Justice marocain, des magistrats espagnols, CIDEAL, le projet ADL, la société civile marocaine, algérienne et tunisienne, en plus de plusieurs experts dans le domaine.

L'atelier a été animé par Mme. Najat Chentouf, qui a présenté au début l'objectif de l'atelier et qui a donné un aperçu sur :

- Les problèmes pratiques que cause le divorce par discorde « chikak » dans les cas où le mari l'utilise pour fuir ses engagements. Le Code de la famille a introduit cette institution dans le but d'éliminer la répudiation, par contre, une application non respectueuse du texte risque de pérenniser les anciennes pratiques.
- Le divorce « khôl » ou divorce moyennant compensation. Le divorce moyennant compensation consiste à mettre fin à la relation conjugale par le paiement de l'épouse à son époux d'un montant ou de ce qui peut en tenir lieu conformément à l'article 118. Ceci est réalisé en commun accord par les deux conjoints et doit être validé par voie judiciaire. Au niveau de la pratique, les juges sont appelés à mieux contrôler les cas qui pourraient porter préjudice aux enfants, ainsi que les cas d'éventuel abus de la part du mari.
- L'augmentation du taux du divorce causée, parmi autres, par les facteurs suivants : la difficulté des conditions socioéconomiques et, particulièrement, le taux élevé du chômage et le mariage des mineurs, qui aboutit dans la plupart des cas au divorce. Sans oublier que les réformes législatives qui ont amélioré

la condition de la femme au Maroc ont contribué à l'augmentation des cas de divorce.

■ 1 LE DÉROULEMENT DE L'ATELIER :

Les interventions des participants se sont concentrées sur :

Les effets du divorce et, plus particulièrement, le partage des biens contenu dans l'article 49 du Code de la famille : « Les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre. Toutefois, les époux peuvent se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage. Cet accord fait l'objet d'un document distinct de l'acte de mariage. *Les adoul* avisent les deux parties, lors de la conclusion du mariage, des dispositions précédentes. A défaut de l'accord susvisé, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille ». Cette disposition présente certaines lacunes susceptibles d'être précisées, par ailleurs il est nécessaire de sensibiliser les gens sur son contenu, surtout les femmes, qui sont les plus concernées.

- Le travail domestique de la femme qui continue à être non rémunéré et sous-estimé socialement au Maroc.
- Les problèmes causés au niveau de l'article 191 du Code de la famille liés aux prélèvements de la pension alimentaire depuis la source financière du mari, la faiblesse des dus de l'épouse et des enfants suite au divorce (« Le tribunal détermine les moyens d'exécution du jugement de condamnation à la pension alimentaire et des charges de logement à imputer sur les biens du condamné, ou il ordonne le prélèvement à la source sur ses revenus ou sur son salaire. Il détermine, le cas échéant, les garanties à même d'assurer la continuité du versement de la pension »).
- La structure des tribunaux de famille compose jusqu'à présent de simples sections au sein des tribunaux de première instance, ce qui crée de la dépendance vis à vis de ces tribunaux.

Les participants ont contribué à un débat riche qui a donné lieu à des recommandations et propositions pratiques susceptibles de contribuer à une amélioration de l'application du Code de la famille et à l'amélioration du statut de la femme dans les pays du Maghreb.

■ 2 LES RECOMMANDATIONS

Les recommandations formulées sont :

- Créer des tribunaux de famille indépendants des tribunaux de première instance, ce qui aiderait à un meilleur traitement par la Justice des cas de litiges en droit de famille.
- Organiser la réunion annuelle des tribunaux de famille par le président du tribunal de famille et pas par le président du tribunal de première instance.
- Activer le Fonds d'entraide nationale afin de soutenir économiquement les femmes veuves et divorcées sans revenus. À cette fin, le gouvernement devrait mettre en place les mécanismes qui permettraient de financer le fonds, par exemple, en attribuant une partie de la taxe judiciaire et des permissions de mariage pour son financement.
- Trouver les mécanismes pour accéder au revenu du conjoint dans les cas d'attribution de la pension alimentaire (art. 190 du Code de la famille : « Le tribunal se fonde, pour l'estimation de la pension alimentaire, sur les déclarations des deux parties et sur les preuves produites, sous réserve des dispositions des articles 85 et 189 ci-dessus. Il peut faire appel à des experts à cette fin. Il est statué en matière de pension alimentaire dans un délai maximum d'un mois ».
- Créer et généraliser une fondation médiatrice au niveau des tribunaux de famille.
- Activer le rôle des assistantes sociales pour faire la recherche sur le plan socioéconomique des familles afin qu'elle puisse être prise en considération par le juge en déterminant les dus de l'épouse et de ses enfants après le divorce.
- Annuler le rôle des deux membres de famille de l'épouse et de l'époux pendant la conciliation (article 82 Code de la Famille : « ...Le tribunal peut prendre toutes les mesures, y compris la délégation de deux arbitres, du conseil de la famille ou de quiconque qu'il estime qualifié à réconcilier les conjoints. En cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de réconciliation, espacées d'une période minimale de trente jours... »).
- Renforcer le rôle des experts comptables et des psychologues lors des jugements dans les tribunaux de famille.
- Mettre en place un plan de formation continue au profit des juges et des avocats en matière de droit de la famille ainsi que réserver une place plus

importante à la matière de droit de la famille lors de la formation initiale des magistrats.

- Tenir en compte l'opinion des enfants pour organiser les visites et la garde.
- Appliquer les autorisations pour la polygamie et le mariage des mineurs de façon plus restrictive en respectant l'esprit de la loi.

ATELIER 2

RÉFORMES EN MATIÈRE DE DROIT DE LA FAMILLE : BILAN DE LA SITUATION DES DROITS DES FEMMES

Modératrice : Zohra Koubia

Présidente de l'Association Forum des Femmes de Al-Hoceima (Maroc)

L'atelier a réuni une vingtaine de personnes représentant le Ministère de la Justice marocain ; le Ministère de la Justice et le Ministère chargé de la famille et de l'enfance en Mauritanie ; CIDEAL ; projet ADL ; la société civile marocaine et des experts dans le domaine.

En premier lieu, l'objectif de l'atelier a été présenté, à savoir : dresser un état des lieux des législations en la matière dans les pays maghrébins, le bilan des changements au niveau de l'arsenal juridique, les procédures et les moyens de mise en œuvre de ces changements et leurs limites, pour être en mesure par la suite de proposer des améliorations.

Les participantes et participants ont contribué à un débat riche qui a donné lieu à des recommandations et propositions pratiques susceptibles de contribuer à une amélioration de l'application du Code de la famille et à l'amélioration du statut de la femme au Maghreb.

1 DÉROULEMENT DE L'ATELIER

Au début, le représentant du Ministère de la Justice mauritanien a présenté un aperçu global sur le Code de la famille en Mauritanie, instauré pour la première fois en 2001, et qui est, dans sa généralité, l'équivalent de la Moudawana marocaine de 1993.

Ensuite, le débat a été ouvert aux exposés présentés durant les deux jours du séminaire et aux pratiques et aux expériences quotidiennes de chaque participante et participant.

Les analyses effectuées par les participantes et participants indiquent que la législation des codes de la famille au Maghreb est récente, ce qui dit que toute critique de son application ou appel au changement devait être le résultat d'une réflexion collective après un cheminement d'application.

En fait, si les réformes qu'ont connu les codes de famille au Maghreb résultent d'un cheminement, d'une longue lutte et d'un effort engagé par tous les défenseurs des droits des femmes, cela ne nie pas les carences de ces législations, soit au niveau des lois, soit au niveau d'application.

En se concentrant sur le cas du Maroc, les participantes et participants ont illustrés les caractéristiques du nouveau Code fondé sur :

- Une responsabilité partagée de la famille, contrairement à l'ancien texte qui minorait la femme sous le principe de « l'obéissance à son époux en contrepartie de son entretien » ;
- discussion du projet au Parlement, qui constitue également une remarquable avancée dans le traitement du sujet ;
- intégration des principes des conventions internationales, notamment la CEDAW.

Les participantes et participants ont rappelé ensuite que la promulgation d'une loi n'est pas en soi suffisante. Elle ne peut pas défendre et protéger les citoyens et citoyennes qui n'y ont pas accès. En fait, l'État doit être le garant de l'application de la loi avec des mécanismes de contrôle, à savoir, la formation continue et la sensibilisation des juges doit être un exercice permanent, car sans leur transformation, toute réforme serait vaine. Aussi, l'État doit utiliser les médias oraux et télévisuels disponibles.

Cependant, ils ont dévoilé les limites de ce Code de la famille et de son application. Nous pouvons citer les plus importants :

- La polygamie, bien que rendue difficile, pose le problème de la marge d'appréciation du juge, puisque le texte ne décline pas de façon explicite les cas de refus d'autorisation et laisse la porte ouverte aux estimations du juge marocain qui fait appel dans le cas de refus de la femme au divorce « chiqaq ».
- La recherche de paternité reste limitée à l'institution de la femme, ce qui rend le recours à l'ADN dans la majorité des cas difficile, vue la situation économique de la plupart des femmes.
- Le partage des biens acquis pendant le mariage pose également problème, du fait que l'article 49 du Code de la famille n'est appliqué que par quelques tribunaux de la famille et ne définit pas des règles et des barèmes de valorisation et d'estimation de toutes les travailleuses à domicile dont la contribution n'est pas valorisée ; le travail des femmes dans le secteur informel et des

femmes au foyer. En plus, le fait que les femmes doivent présenter un autre procès séparé ne les encourage pas à demander leurs droits relativement à cet article, à cause de leur ignorance et/ou faute de moyens financiers. En outre, les tribunaux n'appliquent pas cet article et se limitent aux cas qui ont définis ça lors de mariage.

- La limite du rôle du conseil de la famille chargée de la conciliation, car l'intermédiation des membres de la famille dans la plupart des cas, aggrave la situation du fait qu'ils ne sont pas neutres.

2 RECOMMANDATIONS

Les participantes et participants ont dressé un ensemble de propositions qui peuvent se résumer comme suit :

A. Recommandations d'ordre général :

- Consolider et développer les coordinations régionales au niveau de la société civile, et aussi au niveau institutionnel pour enrichir le débat et échanger des expériences au niveau du grand Maghreb et des pays méditerranéens sur les codes de famille et la situation des droits des femmes.
- Amplifier et activer les conventions de collaboration entre le Maroc et les pays d'accueil des marocains résidants à l'étranger.
- Établir une stratégie nationale d'émancipation des femmes qui adopte l'approche genre et la transversalité de la condition des femmes.

B. Recommandations d'ordre judiciaire et d'application du Code de la famille :

- Veiller à l'application de l'article 49 par tous les tribunaux de manière qu'il inclut les méritants (devoirs) sans faire recours à un procès séparé.
- Instaurer des barèmes pour comptabiliser légalement le travail domestique des femmes par les juges sans faire recours au principe « al kadd wa siâya », adopté actuellement par quelques tribunaux comme Oujda ou Ouarzazate.
- Mettre au sein des tribunaux des experts chargés de recensement des acquis et des propriétés du mari en collaboration avec d'autres ministères, surtout le Ministère de la Justice et des Finances.
- Renforcer le rôle des audiences d'arbitrage : il faut instituer des mécanismes

au prés des tribunaux et doter le conseil de la famille des experts indifférents (juges retraités, avocats, assistantes sociales, adouls, etc.).

- Mise en place de la caisse d'entraide familiale au profit des enfants des femmes divorcées, afin de leur assurer un minimum de revenus.
- Instaurer des sanctions dans les cas où le mari refuse le retour de sa femme au domicile conjugal, ainsi qu'alourdir les peines dans les cas de récidive.
- Définir la minorité pour réduire le recours au juge et le mariage forcé des petites fillettes de 14, 15 et 16 ans.
- Activer l'article relatif à l'habitat en respectant la situation sociale de la famille.
- Charger le tribunal de la recherche de paternité qui est responsabilité de la femme, en la rendant obligatoire afin de garantir les droits de l'enfant.
- Élargir les compétences des juges de la famille au sein des consulats, spécifiquement dans le cadre de conclure les réunions de conciliation.
- Accélérer la notification à travers la procédure diplomate en respectant la procédure civile dans les conditions de notification.
- Mettre en place une stratégie nationale de lutte contre la violence à l'égard des femmes et instituer une loi cadre pour lutter contre la violence à l'égard des femmes.
- Mettre en place des centres d'accueil et d'hébergement des femmes victimes de violence à l'échelle nationale en leurs accordant un cadre juridique régissant leur fonctionnement et leur gestion.
- Veiller à l'activation et la réforme d'autres lois en relation avec le Code de la famille, à savoir, le Code du travail et le Code pénal.

C. Recommandations au niveau de sensibilisation, formation et information :

- Établir une véritable stratégie de communication entre le Conseil Supérieur d'Audiovisuel et le Ministère de la Justice, en collaboration avec la société civile, qui doit être adoptée dans le dialecte marocain, les langues amazighes et le rifain. Il s'agit de vulgariser le texte et de le mettre à la portée des femmes. Ce n'est que de cette manière qu'elles pourront le faire prévaloir pour se défendre.

- Veiller à l'élimination de toutes les images et productions audiovisuelles consacrant l'infériorité des femmes.
- Veiller à l'intégration des articles du Code de la famille dans les manuels scolaires et éducatifs.
- Disposer des programmes relatifs aux droits des femmes et aux principes d'égalité dans les cycles de formation.
- Réaliser des caravanes de sensibilisation en faveur des femmes rurales.
- Garantir une formation de tous les garants de l'application de la loi (juges et adouls).

REGARD SUR LE DROIT DE LA FAMILLE DANS LES PAYS DU MAGHREB

Le Séminaire “Regard sur le droit de la famille dans les pays du Maghreb” (Tanger, 2-3 avril, 2008) a réuni près de 70 experts dans divers domaines concernant le droit de la famille au Maghreb, en offrant un espace pour l’échange d’expériences et des connaissances relatives aux progrès atteints dans la matière, aux manques qui subsistent et aux défis du futur.

Plusieurs sujets, comme le divorce pour discorde, les droits de la femme divorcée et le rôle des magistrats dans l’application du droit de la famille, ont été amplement présentés et discutés au cours d’un Séminaire auquel ont participé, parmi autres, des représentants de la société civile, de la magistrature et des institutions publiques.

Ce livre recueille les communications présentées dans le Séminaire, ainsi que les conclusions des ateliers programmés à cette occasion. Il a pour objectif de contribuer à offrir une vision globale de l’évolution du droit de la famille au Maghreb, en favorisant son avancement et l’amélioration de la situation juridique de la femme dans la région à travers le transfert d’expériences et l’échange de connaissances entre les principaux acteurs impliqués.

Avec la collaboration de:



MINISTERIO
DE ASUNTOS EXTERIORES
Y DE COOPERACIÓN



مشروع عدل