

ÉTUDE¹ COMPARATIVE DU DROIT DE LA FAMILLE DANS LES PAYS DU MAGHREB

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, est entièrement islamisée au 13^{ème} siècle et se trouve soumise au droit musulman.

Plus tard, les trois pays du Maghreb subissent avec une intensité variable la colonisation française. Cette colonisation laisse 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 ... 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.

A 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, 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 codi-

fient 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. 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.

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.

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

3. Sana Ben Achour, Féminisme d'Etat: figure ou défiguration du féminisme? In Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi. CPU.2001.p.413.

Les deux innovations sont justifiées, au niveau du discours politique, par un retour aux sources⁴.

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 Muddawana.

Celle-ci se présente comme une codification du Fikh dans son interprétation malékite avec de 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 Muddawana renvoie pour combler les lacunes aux dispositions de la Charia, 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 Code du statut personnel, il intervient pour en modifier certaines dispositions, enfin, il règle 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.

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

Au-delà du contenu concret des réformes, c'est le changement dans l'attitude des législateurs algérien et marocain qu'il convient de relever.

Le Code marocain en particulier se présente comme un renouveau dans la continuité. Continuité puisqu'ils 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 de 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 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 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 (I), de la filiation (II) et des successions (III) permettra une vue d'ensemble de la question.

4. Monsieur Ahmed Mestiri, alors Ministre 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°065, p1.

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 Code du statut personne 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.

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.

1- 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 algérien et marocain, 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 algérien, 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 (8).

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 (1) que pour sa dissolution (2).

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, de

l'allaitement sont réglementés 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 réglementés 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 Muddawana, la tutelle matrimoniale est exercée par un agnat, la femme même majeure ne pouvait 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, son père ou 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 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

8. Kalthoum Meziou, Féminisme et Islam dans la réforme du Code du statut personnel du 18 février 1981, RTD 1984, p.253.

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 à 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. Est également prohibé, pour ce dernier, le mariage du musulman avec une femme qui n'appartient pas à une religion révélée. Cette règle de 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 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 oui ou non il y a injustice. 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 établi, 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 autorisé»⁹.

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

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, à la demande du mari ou de la femme sans justification aucune. Dans les deux derniers cas, des dommages 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 Uléma 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.

9. Préambule du code de la famille