

Thèse délivrée par

L'Université de Lille

N° attribué par la bibliothèque

| | | | | | | | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|
| | | | | | | | | | | | |
|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|--|

THÈSE

Pour obtenir le grade de Docteur en droit

Présentée et soutenue publiquement par

Siham Darkaoui

Le 17/12/2021

*Le statut de la femme dans le droit de la famille marocain de 1912 à nos jours
(mariage et divorce)*

JURY

Directeur de thèse : Florence RENUCCI, CNRS/Aix-Marseille Université

Membres du jury : Madame le Professeur Letitia GUERLAIN, Université de Boredeaux

Monsieur le Professeur Farid LEKEAL, Université de Lille, président

Monsieur le Professeur Fouzi RHERROUSSE, Université d'Oujda, rapporteur

Madame la maîtresse de conférences Hélène DUFFULER-VIALLE, Université d'Artois

Monsieur le Professeur Jean-Philippe BRAS, Université de Rouen

REMERCIEMENT

Ma reconnaissance va en premier lieu vers Madame La directrice de recherche au CNRS Florence Renucci pour avoir bien voulu assurer la direction de cette thèse, ainsi que pour ses conseils précieux, sa disponibilité constante et son encadrement continu. Je remercie vivement M. les professeurs Farid Lekéal, Jean-Philippe Bras, Laetitia Guerlain et Fouzi Rherrousse, ainsi que Mme la maîtresse de conférences Hélène Duffuler-Vialle pour m'avoir fait l'honneur d'être membres de mon jury de thèse.

Je tiens enfin à remercier toutes les personnes qui m'ont aidée à réunir la matière de cette thèse ainsi que celles qui m'ont soutenue pendant cette longue période. Une pensée particulière à mes parents, à Ibtissam et à mes amies Sabrina et Sonia.

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE - LA CONDITION JURIDIQUE DE LA FEMME MAROCAINE
PENDANT LA PÉRIODE COLONIALE : LE STATU QUO

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - L'ORGANISATION DE LA JUSTICE AU MAROC SOUS
LE PROTECTORAT

TITRE I- NATURE ET RESPECT DES DROITS LOCAUX APPLICABLES EN
MATIÈRE DE STATUTS PERSONNELS

CHAPITRE I - PANORAMA DES DROITS LOCAUX (droit musulman, coutumes
berbères, droit hébraïque)

CHAPITRE II- UNE VOLONTÉ DE RÉFORME TARDIVE DES STATUTS
PERSONNELS ?

TITRE II- UNE PRATIQUE JUDICIAIRE EN ACCORD AVEC LES OBJECTIFS
COLONIAUX ?

CHAPITRE I - LES JURIDICTIONS INDIGENES ET L'APPLICATION DES REGLES
DU STATUT PERSONNEL

CHAPITRE II - LE MARIAGE MIXTE, D'UNE SITUATION COLONIALE COMPLEXE
À UNE SITUATION PROBLEMATIQUE

DEUXIEME PARTIE - LA CONDITION JURIDIQUE DE LA FEMME APRES
L'INDEPENDANCE DU MAROC : IMPOSSIBLE RUPTURES ET RESISTANCE DES
PRATIQUES ?

TITRE I- LA MOUDAWANA DE 1957 ET SA REVISION : D'UNE CONCEPTION
CONSERVATRICE DU STATUT DE LA FEMME AUX PREMIERES
AMELIORATIONS

CHAPITRE I- AU LENDEMAIN DE L'INDEPENDANCE, UNE EVOLUTION INFIME
DU STATUT DE LA FEMME

CHAPITRE 2- LA DECENNIE 1993-2003 : ETAPE CLE DANS LE PROCESSUS
D'EVOLUTION DU STATUT DE LA FEMME

TITRE II- LA MOUDAWANA DE 2004 : UNE CONCEPTION RENOVEE DU STATUT
DE LA FEMME AU RISQUE DES PRATIQUES

CHAPITRE I- DES ACQUIS JURIDIQUES, CONTRARIES PAR LA REALITE
SOCIOCULTURELLE

CHAPITRE II- DES ACQUIS JURIDIQUES, DIFFICILEMENT MISES EN ŒUVRE PAR
LES TRIBUNAUX DE LA FAMILLE

INTRODUCTION

La famille, noyau de l'édifice social, revêt une importance particulière dans toutes les sociétés et à travers toutes les époques. Au Maroc, elle est « facteur de solidarité par excellence et principal vecteur des valeurs essentielles de la société »¹. Néanmoins, bouleversée par une évolution économique et sociale, la famille marocaine élargie s'est transformée plus ou moins en famille nucléaire, réduite à un seul degré de parenté. Parallèlement, les femmes commencent à subvenir de plus en plus à l'entretien de leurs familles. Il était donc nécessaire que le droit de la famille marocain suive les évolutions que vit l'institution familiale.

Au Maroc, le droit de la famille désigne l'ensemble des règles qui régissent les relations des personnes unies par les liens de la filiation ou d'alliance au regard des différentes institutions familiales, telles que le mariage, le divorce, la représentation légale, le testament et les successions. Aujourd'hui, le droit du statut personnel marocain est codifié dans un corpus appelé « Code de la Famille » ou Moudawana. La dernière réforme de ce droit date de 2004.

Si l'on s'intéresse à ce droit, on constate qu'il est essentiellement religieux. Le rite malékite² est la référence principale sur laquelle est basé le droit de statut personnel au Maroc. Ainsi, l'article 400 de la Moudawana de 2004 dispose que « pour tout ce qui n'a pas été expressément énoncé dans le présent code, il y a lieu de se référer aux prescriptions du rite malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (*ijtihad*), aux fins de donner leur expression concrète aux valeurs de justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune que prône l'islam »³. Cette référence au rite malékite et au droit musulman est ancienne et date d'un siècle à peine après la conquête arabo-musulmane de ce territoire.

Peuplée par des Berbères païens plus ou moins judaïsés ou christianisés, l'Afrique du Nord a fait l'objet de deux commandos d'exploration lancés par le gouverneur d'Égypte en 647, puis en 665, contre les Byzantins présents en Tunisie. Néanmoins, la conquête effective de ce territoire ne débute qu'en 682 avec Oqba Ibn Nafi qui fonde la ville de

¹ Ministère chargé de de la population, *Famille au Maroc, les réseaux de solidarité familiale*, Centre d'études et de recherche démographique, p. 5. Téléchargeable sur www.hcp.ma

² Courant doctrinal de l'Islam sunnite. Nous étudierons le rite malékite en détail au chapitre 1 du titre 1 de la première partie.

³ Code de la famille, version consolidée en date du 04 février 2016, p.112. Téléchargeable sur adala.justice.gouv.ma

Kairouan et arrive jusqu'au Maroc⁴. La soumission des Berbères nord-africains s'achève en 701 avec Mousa Ibn Nusayr, le premier gouverneur de l'Ifriqiya (Tunisie). C'est lui qui installe en 710 à Tanger Tarik Ibn Ziyad, un gouverneur local qui traverse le détroit en 711 et s'attaque au royaume wisigoth de Tolède avec une forte armée constituée de populations locales, récemment converties à l'Islam à son instar⁵.

Le Maroc rompt avec le Califat Omeyyade⁶ dès 740, cette contrée ayant été un refuge pour les différents groupes d'opposition, venant de l'Orient, instituant ainsi leurs entités politiques à l'instar des Banou Saleh et Banou Midrar. Malgré cela, l'historiographie officielle du Maroc désigne Idriss 1^{er} comme le fondateur du premier État arabe et musulman au Maroc, soutenant également que d'Idriss 1^{er} à Mohamed VI, il y a un fil ininterrompu, une monarchie islamique d'un seul tenant⁷.

Ce récit officiel raconte également que ce descendant du prophète arriva au Maroc au VIII^e siècle, fugitif, et parvint à confédérer les tribus et à répandre l'Islam. Même si le fait qu'il soit venu chercher refuge fait débat et a été démenti récemment par des sources inédites⁸, il est clair qu'Idriss 1^{er} a réussi à unifier quelques tribus berbères et en recevoir le serment de fidélité en 788. Sa filiation « chérifienne »⁹ explique en grande partie ce ralliement. Après l'avènement de son État à Oualili (Volubilis), Idriss premier élargit sa sphère de commandement jusqu'au pays Tamesna et à Taza¹⁰. Il est arrivé jusqu'à Tlemcen en 789.

À L'exception des Almohades, toutes les dynasties ayant gouverné le Maroc ont opté pour l'école malékite comme étant la doctrine officielle¹¹. Depuis Idriss II (fils du fondateur des Idrissides), le Maroc suit les préceptes du *fikh*¹² malékite dans tous les aspects de la vie

⁴ RIVET D., *Histoire du Maroc de Moulay Idriss à Mohamed VI*, Saint Amand-Montrond, Fayard, 2012, p. 74.

⁵ *Ibid.*

⁶ Les Omeyyades sont une dynastie arabe qui gouverne le monde musulman de 661 à 750 depuis sa capitale Damas (aujourd'hui en Syrie), puis dans la seule péninsule Ibérique avec l'émirat de Cordoue (756-1031).

⁷ RIVET D., *Histoire du Maroc de Moulay Idriss à Mohamed VI*, *op.cit.*, p. 81.

⁸ Cf., LEVI-PROVENCAL E., *Les historiens des Chorfa suivi de la fondation de Fès*, Maisonneuve Larose, 2001.

⁹ Chérifien vaut dire en arabe « honorable ». Idriss premier appartient à une lignée honorable. Il est descendant d'Ali, cousin et gendre du prophète

¹⁰ RIVET D., *Histoire du Maroc de Moulay Idriss à Mohamed VI*, *op. cit.*, p. 82.

¹¹ À l'époque des Almohades, le pouvoir central a essayé d'imposer un autre rite : Zahirite. Pour éliminer le recours au rite malékite, le *khalif* Abdelmoumen a brûlé tous les ouvrages de cette école. Cf. EL JIRARI A., *Wahdat almaghrib almahabiya khilala attarikh (L'unité doctrinale du Maroc à travers l'histoire)*, Casablanca, Maison de la culture, t 1, 1976, p. 19.

¹² Ce terme désigne à la fois le droit, la jurisprudence et la doctrine.

que ce soit économique, sociale ou politique¹³. La sphère familiale ne faisant pas exception, elle était également soumise aux dispositions de ce rite. Lors de la codification des droits relatifs au statut personnel en 1957 et de ses réformes en 1993 et en 2004, le législateur a toutefois emprunté quelques règles du *madhab* hanafite¹⁴.

Alors que le statut juridique de la femme consiste en « un nombre de normes destinées à la positionner dans le système juridique national en prévoyant ses droits et ses obligations »¹⁵, celui de la femme marocaine ne peut être étudié et analysé sans le lier au modèle plus large de la femme musulmane. En effet, comme dans toutes les sociétés patriarcales, le droit musulman d'inspiration malékite place toujours la femme sous la tutelle d'un homme (père, frère, oncle ou mari). La sphère familiale est structurée autour de l'époux ou du père, symbole d'autorité et garant de la transmission et du respect de la religion.

Puisque le rite malékite accorde une place primordiale aux coutumes locales, le droit marocain, d'inspiration malékite est très empreint des us et pratiques tribales ayant cours sur le territoire depuis des siècles. Cet état de fait a contribué à une dégradation significative de la condition de la femme musulmane en lui ôtant quelques droits accordés par la religion musulmane. Effectivement, cette dernière a concouru à l'émancipation des peuples préislamiques de certaines pratiques ancestrales discriminant la femme. N'ayant aucun droit, la femme arabe de la période préislamique constituait un objet faisant partie de l'héritage, et les héritiers pouvaient en disposer librement. Dès sa naissance, la fille était un mauvais signe pour certaines familles qui enterraient le bébé vivant. Le Coran décrit et condamne cette pratique à deux reprises dont le verset VIII de la sourate 81¹⁶.

À l'avènement de l'Islam, et avec la révélation du Coran, ces pratiques rétrogrades à l'encontre de la femme sont condamnées. L'Islam a aussitôt consacré son humanité et sa responsabilité équivalente à l'homme. Il confère à la femme le droit à l'héritage, le droit à l'instruction, le droit de choisir son époux, le droit à la propriété ainsi que le droit de disposer de ses biens. Il faudra mesurer le caractère très avancé de ces règles au IV^e siècle, dans la péninsule arabe ancrée dans le patriarcat.

¹³ JAÏDI O., *Mabahit fi almadhab almaléki fi almaghreb (Recherches sur le rite malékite au Maroc)*, Rabat, 1993, p. 16.

¹⁴ Courant doctrinal et école juridique créée par Abou Hanifa (699-767). Sa particularité réside dans le fait qu'il donne une place importante à la raison.

¹⁵ « Statut juridique et réalité de la Femme au Maroc », p. 281. Téléchargeable sur www.hcp.ma

¹⁶ Chapitre 81, verset 8 : « Et qu'on demandera à la fillette enterrée vivante pour quel péché elle a été tuée », Le Coran, traduction et notes de M. Kasimirski, Paris, J. Lazarus, Mai 1990, p. 402.

Cependant, la confusion entre coutumes et règles religieuses, d'une part et la stagnation du discours religieux concernant la femme d'autre part, constitueront au fil des siècles une cause de la détérioration de la condition de la femme en Islam. En effet, le droit musulman¹⁷ ne s'est pas développé dès les débuts de l'Islam, mais essentiellement après l'avènement de la dynastie abbasside¹⁸. En s'appuyant sur les mêmes sources, mais chacune à sa façon, plusieurs écoles sont apparues. Les sources de ce droit musulman hiérarchisées sont : le Coran (révélation divine), la Sunna (les dires et les actes du prophète), l'*Ijmaa* ou le consensus des jurisconsultes sur une question donnée et enfin le *Qiyas* (le raisonnement par analogie).

Comme les hadiths (ce que la tradition a rapporté des dires et des actes du prophète) sont nombreux, et que chaque école de droit musulman a opté pour ceux qui lui convenaient, le droit musulman n'a pas revêtu un caractère unitaire¹⁹. Il existe quatre écoles juridiques dans la tradition sunnite constituées entre 750 et 850 apr. J.-C. : l'école malékite, l'école hanafite, l'école chafite et l'école hanbalite. Toutefois, ce droit hétérogène s'est figé dès le IV^e siècle de l'hégire, les savants de toutes les écoles se sont mis d'accord pour affirmer que toutes les questions essentielles ont été complètement discutées et définitivement réglées, et un consensus s'est établi pour estimer que les portes de l'*ijtihad* (effort d'interprétation) sont désormais fermées, et que toute activité juridique future serait limitée à l'explication, l'application et l'interprétation de la doctrine telle qu'elle avaient été établies une fois pour toutes²⁰.

Dans ce climat juridique, la situation de la femme marocaine s'est dégradée. Considérée comme un être secondaire et socialement marginalisé, elle était tenue pour une éternelle mineure, sous tutelle. La domination masculine est légitimée et s'est aggravée par

¹⁷ « Il n'existe pas de concept arabe correspondant exactement à l'expression française « droit musulman ». Littéralement cette expression pourrait être traduite par *Kanoun islami* ou *Tashriaa islami*. Or, si ces locutions correspondent à un usage courant et contemporain, elles ne font pas partie de l'appareil conceptuel de ce qui s'est historiquement établi et constitué comme étant le droit musulman. À considérer cet appareil, on découvre deux termes spécifiques : Charia et *fikh*. Si maintenant on tente une approche interne de ces deux concepts, on se rend immédiatement compte qu'ils ne correspondent pas parfaitement au mot droit dans son acception moderne. La Charia correspond à la loi divine c'est-à-dire à l'ensemble des règles révélées par Dieu aux Hommes ainsi que les paroles du prophète; le *fikh* quant à lui, représente la doctrine juridique, celle-ci impliquant au premier chef la connaissance du donné révélé ». (LAMADDEB B, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, Thèse, droit, Montpellier, 2012, p. 7-8).

¹⁸ Les Abbassides sont une dynastie arabe musulmane régnant sur le *califat* abbasside de 750 à 1258 et dont la capitale est Baghdâd. Le fondateur de la dynastie, Abû al-Abbâs As-Saffâh, descendant d'un oncle du prophète Mohammad, met un terme au règne des Omeyyades en remportant une victoire décisive à la bataille du Grand Zab, le 25 janvier 750. Cette dynastie connaît son apogée sous le règne de Haroun Arrachid.

¹⁹ IMAM SUYUTI, *Les quatre écoles sunnites, l'intérêt de leurs divergences*, traduction de Ali Hamoneau, Paris, la Ruche, 2004, p. 655.

²⁰ LAMADDEB B, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, op. cit., p. 157.

une exégèse étroite de la religion musulmane. Cependant, au cours des siècles, les femmes ont pu trouver quelques artifices, une certaine autodéfense pour s'opposer à l'ordre patriarcal symbolisé par les hommes. Nous citons, par exemple, la pratique de la magie par les femmes qui constitue vraisemblablement une forme de contestation de la domination masculine²¹.

Heureusement, à la fin du XIX^e siècle, l'amélioration de la condition des femmes apparaît comme une question cruciale du devenir des sociétés musulmanes ou arabo-musulmanes. Dès lors, la femme a pris une place primordiale dans la pensée réformatrice musulmane. Tout en se basant sur les idées des philosophes français des Lumières et la pensée libérale, ces réformistes du mouvement de la renaissance (*nahda*) ont voulu rendre à la femme les faveurs qui lui sont accordées au début de l'Islam.

Précurseur du mouvement d'émancipation des femmes, Qasim Amine (1863-1908) publie en 1899 en Égypte un ouvrage intitulé *Libération de la femme*. Dans ce livre, Amine avance qu'il n'y a rien dans les préceptes de l'Islam ou dans son essence même de quoi provoquer la déchéance de la femme. Au contraire, les principes islamiques lui assignent une place privilégiée dans la vie sociale. Si une religion pouvait avoir une autorité et une influence sur les coutumes, les femmes musulmanes seraient, selon lui, à la tête des femmes du monde²². Cette émancipation de la femme ne peut se faire sans promouvoir son droit à l'instruction. Ainsi Amine déclare que si la femme demeure ignorante, « le mariage ne sera qu'une forme d'assujettissement de la femme par son mari »²³. Bien qu'Amine ne dévie pas de la ligne réformatrice et se fonde uniquement sur le Coran et la Sunna, il est aussitôt accusé d'aliénation à l'Occident et son livre sera violemment critiqué notamment par de grands dignitaires de l'institution religieuse *Alazhar*²⁴. En réaction à ces protestations, Amine publie l'année suivante, en 1900, « la femme nouvelle ». Cette fois-ci, il se libère du réformisme purement islamique pour se diriger vers une approche plus laïque. Dans cet ouvrage, l'auteur fait référence aux théories scientifiques modernes et à la tradition philosophique ancienne. Il cite par exemple Platon, Hérodote, Darwin ou Spencer.

Il fait l'éloge de la place privilégiée accordée à la femme dans la société occidentale et espère que la femme égyptienne suit le même parcours. Il explique également que la dégradation de la situation de la femme est liée au climat politique de l'Égypte de la fin de

²¹ MOAQIT M., *L'idéal égalitaire féminin à l'œuvre au Maroc : Féminisme, islamisme, sécularisme*, Paris, Harmattan, 2008, p. 39.

²² AMINE Q., *Tahrir almaraa (Libération de la femme)*, le Caire, Institut Hindawi, 2011, p. 12.

²³ *Ibid.*, p. 76.

²⁴ AMINE Q., *Almaraa aljadida (La femme nouvelle)*, le Caire, Institut Hindawi, 2012, p. 11.

XIX^e siècle. Si les hommes oppriment leurs femmes, c'est par ce qu'eux-mêmes sont sujet d'oppression de la part de l'État.

Les thèses de son maître, érudit religieux, Mohamed Abdou, nommé grand Mufti d'Égypte en 1899, œuvrent à leur tour pour l'émancipation féminine, sans s'affranchir de la lignée réformiste (*nahda*). En matière de statut personnel, Abdou prône la restriction de la polygamie et par emprunt à l'école malékite (alors que le rite officiel en Égypte est le rite hanafite), reconnaît à la femme le droit au divorce. Dans l'un de ses articles, concernant la polygamie, Abdou affirme : « Tel est le traitement infligé par la plupart des maris à leurs femmes en cas de polygamie qu'ils soient riches ou pauvres. Ils oublient le véritable but de la religion qui n'a permis la polygamie que pour les cas où celle-ci est utile à la société... Dans le cas où la polygamie est pratiquée dans le seul but du plaisir, elle devait être prohibée. Il ne faut épouser qu'une seule femme puisque la pratique a démontré qu'on ne peut être juste vis-à-vis de plusieurs. Il est toujours permis de pratiquer la polygamie quand il s'agit d'hommes capables d'être juste entre plusieurs femmes à tous les points de vue... De tels hommes cependant sont vraiment rares »²⁵. Il conclut que la polygamie est interdite non seulement en raison de l'impossibilité d'être juste envers les femmes, mais aussi par ce que la polygamie « détruit la famille, corrompt l'esprit des enfants et met les divisions entre frères »²⁶. Cet argumentaire se fonde sur des données scripturaires. Le Coran permettant l'union polygamique pour l'homme musulman en ces termes : « Si vous craignez de ne pas être équitable en matière d'orphelins... alors, épousez ce qui vous plaira d'entre les femmes, par deux, ou trois, ou quatre. Mais si vous craignez de n'être pas juste, alors seulement une, ou contentez-vous de votre droite propriété, plus sûr moyen d'échapper à la partialité »²⁷, tout en indiquant : « Vous ne pourrez être juste envers vos épouses, même si vous y veillez. Du moins, n'allez pas jusqu'au bout de votre penchant, jusqu'à laisser la (défavorisée) comme en l'air. Si vous amendez et vous prémunissez, Dieu est tout pardon, miséricordieux »²⁸. Abdou encourage même les femmes à sortir et à participer à la vie économique et sociale²⁹. Les positions d'Abdou lui ont valu des reproches et d'accusation

²⁵ Cité par BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris/La Haye, Mouton et co, 1977, p. 57.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Coran, Sourate IV, verset 3.

²⁸ Coran, Sourate IV, verset 129.

²⁹ REDHA M-R, *tafsir almanare (Interprétation almanare)*, Le Caire, Dar Elmanar, 2ème édition, tom IV, 1947, p. 430.

d'être inspiré de l'Occident, mais il riposte que son argumentaire ne s'affranchit guère des principes fondamentaux de l'Islam.

Ainsi, ce « féminisme masculin » promu par Abdou et Amine a permis aux femmes d'accéder à l'instruction et à la vie publique. Les premières manifestations publiques des femmes se sont faites à travers la presse féminine et les salons littéraires animés par elles-mêmes. Ces deux outils ont permis aux femmes de défendre leur cause tout en diffusant les idées de la *nahda*³⁰.

Parallèlement, un « féminisme féminin » apparaît dès le début du XX^e siècle. Sa principale icône est Huda Sharawi qui a contribué à créer un féminisme égyptien original, combinant le féminisme de type occidental et la culture et les coutumes égyptiennes. Ces mouvements préconisent notamment la codification et la réforme du statut personnel dans un sens plutôt favorable à la femme.

De fait, en 1920, l'Égypte établit une première loi relative au statut personnel des musulmans³¹, complétée quelques années plus tard par un décret-loi de 1929. Alors que l'école de droit officielle en Égypte est la doctrine hanafite, les lois de 1920 et de 1929 ont pu, par le biais d'emprunt, à l'école malékite, introduire des réformes importantes du droit musulman.

Même s'il n'a pas imposé sa prononciation devant un juge, le législateur a en effet limité le recours des hommes à la répudiation. Alors que d'après le rite hanafite, la répudiation produit son plein effet une fois prononcé par le mari, le droit égyptien de 1920 exige une volonté réelle du mari. Les répudiations prononcées sous l'emprise de l'alcool ou sous contrainte ne sont pas prises en compte.

De surcroît, par emprunt à l'école malékite, les législateurs de 1920 et de 1929 ont accordé à la femme le droit de demander le divorce pour préjudice, pour absence ou pour

³⁰ « Les salons littéraires animés par des femmes ont joué également un rôle important dans la diffusion des idées de la *nahda*. Par leur biais, les femmes ont pu jouer un rôle social et participer à la vie publique. Ils constituaient un lieu d'échange, de débats et un espace de libre expression pour les femmes qui s'employaient ainsi à travers la littérature et la presse à défendre la cause féminine et à faire entendre leur voix. Mayy Ziyâda (1886-1941), connue sous le nom d'Anissa Mayy (Mademoiselle May), fut la première à avoir tenu dès 1911 un salon hebdomadaire mixte, ouvert aux hommes et aux femmes. Des hommes politiques, des poètes, des journalistes ainsi que des écrivains célèbres comme Khalil Mutrân, Lutfî as-Sayyid, Taha Hussein y côtoyaient des femmes et échangeaient avec elles sur des sujets aussi bien politiques que sociétaux ». MONQID S., « Mouvements féminins et féministes en Égypte : rétrospective et histoire d'une évolution (fin XIX^e siècle à nos jours) », *Revue algérienne d'anthropologie et de sciences sociales*, n° 74, 2016, p. 4.

³¹ Les règles de l'école hanafite relatives au statut personnel avaient été codifiées dans le Code de Qadri Pasha en 1875 par le ministre de la Justice de l'époque. Mais comme, il n'a jamais été officiellement promulgué, il n'a pas acquis de valeur juridique.

défaut d'entretien : des prérogatives qui ne figuraient pas parmi les préceptes de la doctrine hanafite. Cette dernière ne reconnaît que l'impuissance ou la castration de l'époux comme causes de divorce³². Cet arsenal juridique n'a, toutefois, ni interdit ni limité la polygamie.

Mais alors, comment s'organise le lien entre cette logique de codification du statut personnel et les revendications réformistes ? Dans une conférence de l'Association internationale des femmes réunie à Rome en 1923, Huda Sharawi précise que sa participation n'avait pas pour but d'y réclamer l'abolition de la polygamie ou la remise en cause de la répudiation, mais de « faire apparaître la vérité de la femme égyptienne face à la femme occidentale, une réalité dont cette dernière ignore tout ou ne connaît que par le biais d'informations déformées qu'elle a pu lire dans des ouvrages d'inspiration colonialiste. Il s'agissait de manifester le fait que la femme égyptienne moderne n'a pour ainsi dire rien à envier à sa sœur occidentale en matière de civilisation et que la religion musulmane lui accorde des droits que la femme occidentale aimerait bien obtenir »³³. Cette position de H. Sharawi est-elle une forme de concession ? Ou faut-il constater que ce que voulaient ces femmes c'était l'égalité dans la différence plutôt que la réciprocité des droits et des obligations³⁴.

Ainsi le débat sur l'évolution du droit de la famille et de la condition de la femme était largement présent en Égypte dès la fin du XIX^e siècle, et a permis une évolution effective de la condition de la femme égyptienne, même si cette évolution est plus ou moins timide en matière de statut personnel. Ce débat sur la femme s'est étendu, par la suite, au Maghreb, notamment en Tunisie. Quant au Maroc, objet de notre étude, il est resté plus en retrait par rapport à ses voisins au courant réformiste. Une thèse timide, apparue dans les années 1920, avec l'érudit religieux Mohamed El Hajoui, qui promeut l'instruction féminine. Celle-ci se limite toutefois, à l'enseignement primaire. Le but est de préparer la jeune fille à devenir une épouse modèle. En se fondant sur les sources de l'Islam, il conclut qu'aucun texte canonique n'exclut la femme de l'enseignement. Mais ces idées aussi

³² Cf. BERNARD-MAUGIRON N., « Les femmes et la rupture du mariage en Égypte », dans *les femmes, le droit et la justice, Cahiers d'Études africaines*, 187-188, 2007, p. 712-714.

³³ Cité par ZRYOUIL F-Z. et ROUSSILLON A., *Etre femme en Égypte, au Maroc et en Jordanie*, La Courneuve, Aux lieux d'être édition, 2006, p. 49.

³⁴ *Op cit.*, p. 49-50.

modestes ont été fortement critiquées par le *Grand Vizir* Al Moqri³⁵ et le ministre de la Justice Abou Chaïb Doukkali³⁶. Pour ces derniers l'instruction de la femme constitue un danger pour la société, elle la poussera à enlever le voile, ce qui risque d'entraîner la « pourriture » de la société³⁷. Plus tard, dans les années Cinquante, Allal El Fassi préconise dans son livre *Autocritique*, d'interdire la polygamie et de supprimer la contrainte matrimoniale qu'exerce le père sur le consentement de sa fille au mariage. Il critique fermement la situation de la femme marocaine de la période coloniale. Dans la suite du courant réformiste égyptien, il réprovoie le poids de la tradition dans la société marocaine, notamment dans les régions de droit coutumier. Selon El Fassi, dans ces territoires, la femme, déshéritée et privée de ses enfants, n'a droit à aucun respect ni fierté. Elle a le statut d'un esclave³⁸. La critique de la condition des femmes marocaines se confond donc, en filigrane, avec une critique de la colonisation. Car si dans les années Cinquante, elles sont encore réduites à cet état, n'est-ce pas parce que les colonisateurs français n'ont tenté aucune réforme de fond en leur faveur ?

Cette question de la « responsabilité » des colonisateurs au Maroc nécessite un bref rappel de l'histoire de ce pays et de la mise en place d'un protectorat franco-espagnol en 1912. Par son écrasant succès militaire contre les deux pays ibériques (Espagne et Portugal), lors de la bataille d'Oued elmakhzen, en 1498, le Maroc a pu repousser les convoitises des puissances étrangères. Il esquiva ainsi pendant plus de trois siècles à toutes les occupations, y compris celles des Turcs, mais se stagna dans cette résistance, tournant le dos à toute évolution³⁹. Le maraboutisme était ancré dans la société et une forme de noblesse s'était constituée autour de grandes familles fassies qui avaient énormément de prérogatives et de pouvoirs.

Dès le début du XIX^e siècle, le Maroc fut de nouveau sujet aux pressions occidentales dans un contexte économique et politique difficile : inflation, dévaluation, famines,

³⁵ Née à Oujda et Mort à Rabat en 1957, Al Moqri est parmi les membres éminents de *Elmakhzen*, exerça la fonction de *Grand Vezir* de 1911 à 1955. Il était proche de l'administration du protectorat et il était pour la déposition du Sultan Mohamed Ben Youssef en 1953. En raison de ses positions, on lui a retiré la citoyenneté marocaine et tous ses biens ont été confisqués.

³⁶ Érudit religieux de grand nom, née dans la région de Doukkala en 1878 et morte en 1937. Après avoir étudié à l'institut *Alazhar* en Égypte, il a travaillé comme prédicateur à la Mecque. À son retour au Maroc, il s'est rapproché du Palais. Le Sultan Abdelhafid l'a nommé cadis à Marrakech puis ministre de la Justice.

³⁷ BENADDADA A., « L'enseignement de la femme à l'époque coloniale : Intégration ou exclusion ? », dans *Histoire des femmes au Maghreb ; réponses à l'exclusion*, Actes du colloque de Kénitra 4-5-6 décembre 1997, p. 202.

³⁸ EL FASSI A., *Al naqd al dati (L'autocritique)*, Le Caire, Imprimante internationale, 1952, p. 261.

³⁹ DAOUZ Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, Casablanca, Edition Eddif, 1996, p. 241.

dépopulation rurale, revenu urbain réduit au dixième de leurs valeurs⁴⁰. Le pouvoir central était affaibli par les défaites contre la France (1844), puis contre l'Espagne de 1860 et 1893⁴¹.

Au XIX^e siècle, la révolution industrielle et économique entraîne les pays européens à chercher de nouveaux marchés pour écouler leurs surplus et de nouvelles sources de matières premières. Ils se dirigent donc vers une politique d'exploitation des ressources naturelles des pays du tiers monde tout en assurant à chaque pays européen une part. En 1829, une flotte autrichienne attaque la ville marocaine de Larache, révélant ainsi les faiblesses du royaume chérifien aux autres pays européens, notamment à la France qui occupait l'Algérie et à l'Espagne qui occupait Ceuta et Melilla. Toutefois, la défaite la plus marquante demeure la bataille d'Isly devant la France en 1844, où les armées de Bugeaud écrasent celles du Sultan Abd-Rahman. Par conséquent, le gouvernement de Louis-Philippe impose au Sultan le traité de Tanger le 10 septembre 1844 par lequel Sidi Abd-Rahman s'engage à ne plus soutenir l'émir Abdel-kader en Algérie, puis le traité de délimitation de frontières de Lalla Marniya en mai 1854⁴².

Ces défaites militaires, ajoutées à une situation économique et politique délicate, ne font qu'accroître l'appétit des puissances occidentales, notamment de la France. Cette dernière invente tout un stratagème pour justifier sa « mission civilisatrice » et ainsi mettre le Maroc sous sa domination. Elle recourt en premier lieu, à un certain nombre de travaux d'exploration ethnologique⁴³ ou géographique, comme ceux de Charles de Foucauld et sa fameuse *Reconnaissance au Maroc*⁴⁴, ceux d'Auguste Moulières et de son ouvrage, *Le Maroc inconnu*⁴⁵, ou même des récits de voyage comme *Au Maroc* de Pierre Loti⁴⁶. Certains de ces auteurs dressent une description rétrograde et obsolète du pays et de sa population.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 240.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² AYACHE A., *Le Maroc : bilan d'une colonisation*, Paris, éditions sociales, 1956, p. 49.

⁴³ Cf. RACHIK H., *Le proche et le lointain. Un siècle d'anthropologie au Maroc*, Aix-en-Provence, éd. Parenthèses (MMSH), 2012. On se reportera aussi utilement à l'ensemble des travaux d'Alain Mahé.

⁴⁴ DE FOUCAULD C., *Reconnaissance au Maroc*, Paris, Challamel, 1888. Téléchargeable sur gallica.bnf.fr

⁴⁵ MOULIERAS A., *Le Maroc inconnu*, Paris, Librairie Coloniale et Africaine, 1895. Sans avoir mené un véritable travail de terrain, les écrits d'Auguste Moulières sur la psychologie marocaine alimentent le stéréotype du Marocain fanatique et menteur. Hassan Rachik s'interroge sur le type de connaissances qu'il a apporté sur les Marocains, tout d'abord à partir d'une ethnographie à distance menée d'Algérie et ensuite dans un cadre antipathique à Fès, au Maroc. Comment Moulières a étudié des zones très précises du Maroc sans n'y être jamais allé ? Selon Rachik, cet auteur s'est basé en grande partie sur des informations de seconde main provenant de Marocains ou d'Algériens. Cf., RACHIK H., *Le proche et le lointain. Un siècle d'anthropologie au Maroc, op.cit.*

⁴⁶ PIERRE L., *Au Maroc*, Calmann-Lévy, 1890.

Un pays en voie de décadence exigeant une intervention étrangère pour l'accompagner vers la modernité.

Afin de réaliser son projet colonialiste et d'étendre son influence sur le Maroc, la France devait avant tout obtenir la neutralité des autres puissances européennes : Delcassé, ministre français des Affaires étrangères à cette époque, engage des pourparlers avec la Grande-Bretagne⁴⁷. Ils aboutissent à la signature de l'accord du 8 avril 1904⁴⁸ qui prévoit l'annexion du royaume chérifien à la France tout en assurant les intérêts de l'Espagne⁴⁹. Cette dernière adhère à cet accord par les conventions du 3 novembre 1904⁵⁰ et 1^{er} septembre 1905⁵¹. Cependant, cet arrangement franco-anglais rencontra l'opposition de l'Allemagne. Les protestations contre l'installation française au Maroc se multiplièrent. Enfin, Guillaume II, qui faisait escale à Tanger au retour d'une croisière en Méditerranée, se déclara opposé à l'installation de la France au Maroc⁵². Les Allemands préconisèrent la réunion d'une conférence sur le Maroc. La France céda devant la menace allemande et dut renoncer - provisoirement du moins - à s'établir au Maroc⁵³.

Le 16 janvier 1906, plusieurs puissances européennes, notamment l'Allemagne, la France et l'Espagne, se réunirent à Algésiras⁵⁴. Cette conférence affichait comme but ultime le maintien de « l'ordre, la paix et la prospérité »⁵⁵ du royaume chérifien. L'acte adopté accordait davantage de prérogatives aux pays européens sur le territoire marocain, en matière d'organisation de la police (notamment celle des ports), de contrôle des armes, de réglementation douanière, etc. Il prévoyait en outre de créer une Banque d'État marocaine, dont la direction de fait aurait été confiée à la Banque de Paris⁵⁶. La France et l'Espagne agissaient comme mandataires de l'Europe. L'acte d'Algésiras établit la liberté et l'égalité économique de toutes les puissances signataires, le droit pour les étrangers d'acquérir des

⁴⁷ LASSERRE BIGORRY J-H, « Le mythe Algésiras. Etude sur le statut international du Maroc en matière économique », *Politique étrangère*, 1950, 15-3, p. 318.

⁴⁸ Par cet accord la France accepte de renoncer « une fois pour toutes à l'Égypte, sous *indirect rule* britannique depuis 1882, et l'Angleterre consent à une mainmise de la France sur le Maroc pourvu que Tanger, en face de Gibraltar, devienne une enclave internationale et que le principe de l'égalité économique entre grandes nations soit respecté » (RIVET D., *Histoire du Maroc de Moulay Idriss à Mohamed VI*, *op. cit.*, p. 266).

⁴⁹ LASSERRE BIGORRY J-H, « Le mythe Algésiras. Etude sur le statut international du Maroc en matière économique », *op. cit.*, p. 318.

⁵⁰ *RGDIP*, 1912, documents, p. 18 et s.

⁵¹ LASSERRE BIGORRY J-H, « Le mythe Algésiras. Etude sur le statut international du Maroc en matière économique », *op. cit.*, p. 318.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*, p. 319.

⁵⁴ Il y avait également la Belgique, le Grande-Bretagne, les Etats-Unis, l'Autriche-Hongrie, le Maroc, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal, la Suède, et la Russie.

⁵⁵ Acte général de la Conférence internationale d'Algesiras, (1906). Téléchargeable sur Gallica.bnf.

⁵⁶ Acte général de la Conférence internationale d'Algesiras, *op. cit.*

propriétés sans l'autorisation du *makhzen*. Il confie au gouvernement chérifien et au corps diplomatique de Tanger, le soin d'établir le programme des travaux publics et leur ordre de priorité, travaux dont l'exécution donnerait lieu à des adjudications publiques⁵⁷.

La France a tiré profit de cette conjoncture politique, ce qui lui permit d'exercer une domination politique et économique. Toutefois, une colonisation achevée nécessitait une présence militaire forte permettant de soumettre la population du pays concerné⁵⁸. L'intervention militaire trouve sa légitimité, en général, lors de périodes troubles à l'occasion desquelles la sécurité d'Européens est en danger⁵⁹. Ainsi, profitant de l'assassinat du docteur Mauchamp à Marrakech en mars 1907, les troupes françaises installées en Algérie occupèrent la ville d'Oujda⁶⁰ et y restèrent jusqu'à la fin de cette même année⁶¹.

Malgré les directives de la conférence Algésiras et qui visaient la « modernisation » de l'État marocain, rien ne fut réellement réalisé. De plus, la France intervint militairement en avril 1911 pour débloquer le Sultan Moulay Hafid et les Européens assiégés par des tribus rebelles dans sa capitale, Fez⁶². Cette situation provoqua une crise avec l'Allemagne qui envoya un navire de guerre « Panther » à Agadir pour protéger ses intérêts économiques dans le Sous⁶³. Un accord fut toutefois conclu entre la France et l'Allemagne, le 4 novembre 1911⁶⁴. L'Allemagne acceptait l'annexion du territoire chérifien à la France et recevait en échange une partie du Congo français.

C'est par le traité de Fez du 30 mars 1912 que la France établissait son protectorat au Maroc. Par la suite, le 27 novembre, un accord fut conclu avec l'Espagne, qui fixe les trois

⁵⁷ AYACHE A., *Le Maroc : bilan d'une colonisation, op. cit.*, p. 66.

⁵⁸ CHEVALIER-CARON C., *Femmes, éducation et identités au Maroc sous domination française (1862-1962)*, Mémoire de la maîtrise en histoire, Montréal, 2016, p. 42.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ AYACHE A., *Le Maroc : bilan d'une colonisation, op. cit.*, p. 67.

⁶¹ Un autre événement intervint en juillet 1907, « la tension monte d'un cran alors que neuf employés européens travaillant sur des chantiers Schneider à Casablanca subissent le même sort que le docteur Mauchamp. Par la même occasion, la ville a été bloquée, et les habitants en auraient profité pour piller la douane, tous les éléments propices afin que le Gouvernement français considère justifiable le recours à une répression militaire « justifiée » étaient réunis. Malgré le rétablissement de l'ordre par Moulay al-Amin, représentant du Sultan dans la région de Chaouia, le 5 août 1907, sous les ordres du général Drude, les troupes pénètrent à Casablanca pour accomplir, selon un observateur de l'époque "uniquement une mission de police : châtier les assassins des ouvriers de Casablanca". La réalité était tout autre, cette intervention s'est plutôt soldée par un violent massacre, et de multiples bombardements faisant entre 600 et 1 500 morts du côté marocain » (CHEVALIER-CARON C., *Femmes, éducation et identités au Maroc sous domination française (1862-1962)*, op. cit., p. 43).

⁶² LAHNITE A., *La politique berbère du protectorat français au Maroc, 1912-1956: les conditions d'établissement du Traité de Fez*, Tome 1, Paris, Harmattan, 2011, p. 76.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ L'accord du 4 novembre 1911 entre la France et l'Allemagne, *RGDIP*, 1912, documents, p. 7 et s.

zones de domination espagnole, au nord, au sud, et autour d'Ifni⁶⁵. La zone de Tanger fut soumise quant à elle à un régime international particulier, précisé, ultérieurement par la convention de Paris du 18 décembre 1923.

Parmi les possessions françaises d'outre-mer, les colonies désignent, sur le plan administratif et juridique, un exercice direct du pouvoir sur le territoire conquis, et un droit particulier est mis en œuvre faisant de la grande partie des populations locales des sujets d'Empire. Quant aux protectorats, l'autorité protectorale exerce indirectement son pouvoir sur le pays concerné et ce dernier conserve, en principe, une relative autonomie sur le plan interne. Néanmoins, bien que le Maroc n'ait pas subi le régime juridique de l'administration directe, sa soumission au système du protectorat a donné lieu à une réelle ingérence de la part de la France dans les affaires internes⁶⁶. Le Sultan n'avait aucun pouvoir réel, son rôle se limitait à la signature des décrets préparés par la résidence. Le premier Résident général Lyautey reconnaît lui-même, dans une note du 18 novembre 1918 : « Toutes les mesures administratives sont prises en son nom (le Sultan). Il signe les dahirs. Mais dans la pratique, il n'a aucun pouvoir réel. Il n'a de rapport qu'avec le conseiller chérifien qu'il voit journallement, mais c'est tout. Son avis n'est de fait, demandé que pour la forme. Il est trop isolé, enfermé dans son palais, trop à l'écart du mouvement des affaires publiques... »⁶⁷. De même, toutes les affaires publiques sont entre les mains des Français. A. Laroui nous donne l'exemple des conseils municipaux créés en 1917 au Maroc sous la présidence du *pacha*, où le pouvoir réel est exercé par le vice-président du conseil municipal, français. Les problèmes étaient discutés surtout par des membres non autochtones, qui jouissent toujours d'un léger avantage numérique⁶⁸. Ainsi, le système protectoral au Maroc s'est transformé petit à petit en une administration directe où les Marocains ne sont pas réellement impliqués dans les affaires publiques.

Dès la signature du traité du protectorat, la France a entamé des réformes administratives, judiciaires, économiques, etc. Mais, il n'est pas question de changements du modèle familial ou du statut de la femme. La famille marocaine demeure régie par le droit

⁶⁵ Conformément à l'accord conclu le 3 novembre 1904, à la suite de l'Entente cordiale franco-britannique du 8 avril 1904.

⁶⁶ Sur cette question à la fois de la définition fluctuante du protectorat et de l'ingérence de fait, cf. DEPERCHIN A. et LEKÉAL F., « Le protectorat, alternative à la colonie ou modalité de colonisation ? Pistes de recherche pour l'histoire du droit », RENUCCI F. (dir.), *Les chantiers de l'histoire du droit colonial*, *Clio@Thémis*, n° 4, 2011.

⁶⁷ Cité par LUCCIONI J., « De Lyautey à Steeg : un témoignage », *Revue d'occident musulman et de la méditerranée*, 36, n° 1, 1983, p. 71.

⁶⁸ LAROUÏ A., *L'histoire du Maghreb : un essai de synthèse*, Paris, F. Maspero, 1975, p. 113.

malékite, patriarcale par essence. Le colonisateur n'a même pas mis l'accent sur l'instruction primaire des filles. Le système scolaire instauré par le protectorat s'adresse particulièrement aux garçons. Dès 1912, des écoles dites « indigènes » ont été construites. Le but est de former les futurs cadres du pays. Il fallut attendre les années 1930, décennie marquée par l'émergence des organisations de libération nationale, pour que deux écoles pour jeunes musulmanes soient fondées⁶⁹. Face à l'absence de l'offre d'instruction proposée par le colonisateur, les familles marocaines ont essayé d'instruire leurs filles avec leurs propres moyens via les écoles instituées par le mouvement national, appelées « écoles libres »⁷⁰. Ce besoin de promouvoir l'instruction féminine est confirmé le 28 juin 1943, quand le Sultan Sidi Mohamed fit, depuis l'Université de Qaraouin, un discours en faveur de l'instruction féminine. Si des tentatives de promotion de la condition des femmes par le biais de l'instruction ont donc finalement été entamées, qu'en est-il de l'amélioration de leur statut juridique ?

Malheureusement, l'historiographie contemporaine s'est peu intéressée au statut juridique de la femme marocaine pendant la période coloniale. Le manque de littérature sur ce sujet peut probablement s'expliquer par l'orientation académique du Maroc qui n'enseigne pas l'histoire du droit dans les universités marocaines⁷¹. Si l'on s'intéresse à la littérature qui existe sur le statut de la femme marocaine de la période coloniale en général, on s'aperçoit qu'elle n'est pas non plus très fournie.

Un thème qui est davantage abordé est la question de l'instruction féminine sous le protectorat. Mais à part l'article de A. Benadada « l'enseignement de la femme à l'époque coloniale : intégration ou exclusion ? »⁷², ou les travaux de C. Chevalier-Caron⁷³, le reste des publications sur ce sujet sont principalement des études qui concernent le Maroc

⁶⁹ Cf. CHEVALIER-CARON C., *Femmes, éducation et identités au Maroc sous domination française (1862-1962)*, op. cit.

⁷⁰ Même avant l'instauration du protectorat, l'élite intellectuelle marocaine était consciente de la nécessité de réformer l'offre d'éducation au Maroc et d'y inclure les filles. C'est dans ce sens que se situa le projet de constitution du 11 octobre 1908. Les articles 83 à 89 de ce texte traitent des écoles nationales. Le droit d'accès des filles aux écoles primaires est admis. L'enseignement secondaire est obligatoire pour les garçons et seulement dans les grandes villes. Il est du devoir du ministère des sciences d'obliger les parents à envoyer leurs enfants mâles aux écoles primaires à partir de 6 ans, tout parent ayant contrevenu à cette disposition étant puni d'après l'article 85. Il n'en est pas de même pour les filles. Ce projet n'eut pas de suite. Cf. MOULAY RCHID A., *La condition de la femme au Maroc*, Rabat, éd. de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat, 1985, p. 84-85.

⁷¹ Il faut toutefois remarquer avec espoir que quelques enseignants, comme le professeur Fouzi Rherrousse, multiplie les initiatives pour faire exister et donner une dynamique à l'histoire du droit marocain.

⁷² BENADADA A. « l'enseignement de la femme à l'époque coloniale : intégration ou exclusion ? », op. cit., p. 202 et s.

⁷³ Par ex. CHEVALIER-CARON C., *Femmes, éducation et identités au Maroc sous domination française (1862-1962)*, op. cit.

indépendant, tout en abordant succinctement la période coloniale afin d'offrir une perspective plus large et d'expliquer les problématiques actuelles avec un souci de contextualisation. Ainsi, en 1985, A. Moulay Rchid dans sa thèse en droit *La condition de la femme au Maroc*⁷⁴aborde brièvement l'éducation des femmes sous le protectorat. La journaliste et l'écrivaine Zakya Daoud dans son ouvrage *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de luttes*⁷⁵, s'attaque aussi succinctement à la question de l'instruction féminine pendant la période coloniale.

En outre, concernant la naissance et le développement du mouvement féministe pendant la colonisation, il existe un article très intéressant de l'historienne L. El bouhsini « Le féminisme au Maroc : histoire d'une évolution difficile »⁷⁶. Également, dans une perspective sociologique, A. Dialmy, dans *féminisme, islamisme et soufisme*⁷⁷, s'intéresse à la question de la femme marocaine sous le protectorat⁷⁸.

La pénurie historiographique ne se pose plus, dès qu'on regarde vers la période contemporaine (datant de la première codification du droit de statut personnel en 1957). La littérature est abondante en arabe comme en français. Nous citons à titre d'exemple, les trois tomes de l'ouvrage d'A. Khamlichi, *Du Code de Statut Personnel au Code de la Famille* en arabe. Également en arabe, le livre de Zhour Elhor, *La réforme du droit de la famille au Maroc : processus et méthodologie*, retrace le processus de la réforme du droit de statut personnel à partir de 1957. En français, cette fois-ci, un ouvrage collectif d'universitaires, *Féminin-masculin : la marche vers l'égalité au Maroc 1993-2003*⁷⁹, détaille les grands mouvements et étapes de la décennie qui a précédé l'adoption du Code de la Famille de 2004. Dans une perspective comparative, L. Belhadj Boufendi s'attaque dans sa thèse, *La condition féminine au Maghreb post indépendant : étude comparée : Algérie, Maroc et Tunisie*⁸⁰, à la question du statut de la femme au Maroc de 1957 jusqu'en 1999. À ces publications s'ajoute l'article de J.-P. Bras, « La réforme du code de la famille au Maroc et

⁷⁴ MOULAY RCHID A., *La condition de la femme au Maroc*, op.cit.

⁷⁵ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op.cit.

⁷⁶ EL BOUHSINI L., « Le féminisme au Maroc : histoire d'une évolution difficile », dans *Le Féminisme face aux défis du Multiculturalisme*, Actes des Travaux du 5^e congrès des Recherches féministes dans la francophonie plurielle (Rabat les 21-25 Octobre 2008), Rabat, Mai 2010, p. 43-59.

⁷⁷ DIALMY A., *Féminisme, islamisme et soufisme*, Paris, Edition publisud, 1997.

⁷⁸ Plus généralement sur le renouveau de l'historiographie sur les femmes musulmanes, cf. BRUZZI S. et SOBRERA L., « Pour une histoire à part égale des femmes et du genre dans les sociétés musulmanes », *Genre et Histoire*, printemps 2020, en ligne.

⁷⁹ BENRADI M., ALAMI M'CHICHI H., MOAQIT M., *Féminin-masculin : la marche vers l'égalité au Maroc 1993-2003*, SAADI M-S (dir.), Fondation Ebert Stiftung, 2004.

⁸⁰ BELHADJ BOUFENDI L., *La condition féminine au Maghreb post indépendant : étude comparée : Algérie Maroc et Tunisie*, Thèse, Droit, Paris, 1999.

en Algérie : Quelles avancées pour la démocratie ? »⁸¹. À travers cette littérature nous avons pu comprendre le processus de la réforme du statut de la femme, les acteurs et les conditions dans lesquelles se sont entamées ces réformes.

Pour réaliser ce travail de recherche, qui croise l'histoire du droit, le droit privé et quelques données sociologiques, nous avons réalisé à la fois un travail de dépouillement des archives et un travail d'enquête de terrain. Nous nous sommes également appuyés sur d'autres sources, telles que les revues juridiques et la jurisprudence.

Pour la première partie de notre thèse consacrée à la femme marocaine pendant la période coloniale, nous avons débuté notre travail par des recherches dans la volumineuse littérature coloniale. La femme marocaine a suscité l'intérêt de nombreux spécialistes de sciences humaines et sociales (notamment les femmes berbères) à cette époque. En effet, ce sont les juristes, les administrateurs, les sociologues, ou les ethnologues coloniaux qui ont, les premiers, réalisé de véritables enquêtes de terrain sur le sujet, engendrant une ethnologie juridique coloniale. Nous nous sommes fondés sur les thèses, monographies et articles que ces spécialistes ont publiés (en particulier dans la *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, la *Revue marocaine de législation, doctrine et jurisprudence chérifienne* et dans la *Revue marocaine de droit*). Pour étudier le droit de statut personnel malékite, nous nous sommes basés sur les grands traités de ce *fikh*, disponibles dans les bibliothèques universitaires ou téléchargeables sur internet.

Dans le volet « jurisprudence de la période coloniale », nous avons analysé la jurisprudence publiée essentiellement dans les revues coloniales. Il faudra toutefois noter qu'une grande partie de la jurisprudence avant 1957 a été éditée récemment en neuf tomes. Nous les avons retrouvés lors de notre visite à la bibliothèque de la Cour de cassation marocaine au mois de février 2018.

Concernant le travail d'archives, nous nous sommes rendus au Centre des Archives Diplomatiques de Nantes et aux Archives nationales du Maroc à Rabat. Aux archives diplomatiques de Nantes, nous avons retrouvé un petit dossier sur la condition féminine où sont classées quelques statistiques sur l'instruction féminine pendant le protectorat. Nous y avons également découvert des monographies sur les femmes berbères, au Maroc central comme au Sous, et un grand nombre de correspondances administratives sur la question des

⁸¹ BRAS J.-P., « La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : Quelles avancées pour la démocratie ? », *Revue critique internationale*, n° 37, avril 2007, p. 93-125.

mariages mixtes. Enfin, les rapports administratifs et les correspondances concernant l'organisation judiciaire sont très abondants. Ces documents sont classés notamment dans les fonds de la direction des affaires chérifiennes, la direction de l'intérieur et la direction des affaires indigènes. Aux archives du Maroc, nous n'avons rien trouvé d'important sur le sujet.

Pour la partie consacrée à la période plus contemporaine, la littérature est abondante, y compris du point de vue statistique. Nos sources se trouvent essentiellement dans les bibliothèques universitaires en France et au Maroc, tandis qu'une partie de la jurisprudence est disponible sur internet.

Nous avons procédé à trois séjours de recherche au Maroc. Le plus important s'est étendu sur deux mois et demi, les deux autres ont duré une semaine chacun. Ces enquêtes de terrain se sont déroulées entre Rabat, Meknès et Casablanca. L'enquête de terrain auprès du monde judiciaire a été réalisée à Meknès. Nous avons passé un mois à la section de la famille dépendante du tribunal de première instance de Meknès. Le but était d'évaluer les difficultés rencontrées par les juridictions dans la mise en œuvre du Code de la Famille (CF) de 2004. À Rabat, nous avons été accueillis au centre Jacques Berque pour le développement des sciences humaines et sociales qui nous a prêté ses locaux pour travailler et nous a mis à disposition sa bibliothèque. En parallèle, nous avons visité la Bibliothèque nationale du Maroc, la bibliothèque du ministère de la Justice, la bibliothèque de la Cour de cassation et la bibliothèque Al-Saoud à Casablanca. Lors de notre enquête de terrain, nous nous sommes orientés vers trois types d'acteurs :

- Afin de mieux recontextualiser les réformes du droit de la famille, l'entretien s'est imposé comme procédé essentiel. Nous nous sommes entretenus à Rabat avec deux acteurs (professeurs d'Université) qui ont contribué aux changements récents de la condition féminine : Monsieur A. Alkhamlichi, membre de la commission de préparation de la Moudawana de 2004 et Madame M. Benradi, militante féminine et rédactrice du volet « changement de la Moudawana » du Plan National d'Intégration des Femmes au Développement. Nous avons aussi rencontré la présidente de l'Union de l'Action Féminine et sa secrétaire. Le but était de retracer le rôle de l'association dans le processus de réforme du droit de la famille d'une part, et connaître son domaine d'intervention ainsi que les acquis et les défis rencontrés, d'autre part.

- La réussite ou l'échec d'une réforme juridique donnée repose en grande partie sur l'institution judiciaire, sachant que les magistrats, acteurs principaux dans l'application du CF sont un produit de la société elle-même et adhère à son système culturel et à ses valeurs, nous avons souhaité interroger la perception qu'ont eu des juges du Code de la Famille de 2004, de son interprétation et l'application qu'ils ont en fait. En tout, onze magistrats ont accepté de nous accorder des entretiens directs, deux juges ont refusé, nous ne connaissons pas les causes de ce refus.

- De même, nous avons préparé un questionnaire pour comprendre quelle est la perception que les femmes justiciables ont de la justice de la famille. Il nous est vite apparu que la plupart des femmes n'étaient pas en mesure de répondre à notre questionnaire, alors nous avons choisi de discuter spontanément avec quelques-unes d'entre-elles.

Nous avons également eu recours à la méthode de l'observation. Que ce soit au sein des tribunaux (celui de Rabat et celui de Meknès), auprès de l'association « Union de l'Action Féminine » (UAF) ou au Conseil Scientifique de Meknès. Nous avons observé le climat général des tribunaux, le déroulement des audiences, les conditions du travail de l'UAF et celles du Conseil Scientifique.

L'intérêt de cette thèse est, d'une part, de contribuer à la construction d'une historiographie encore lacunaire sur la période coloniale et, d'autre part, d'inscrire l'histoire de la femme marocaine sur le temps long en prenant en compte la période du protectorat, puis les indépendances jusqu'à la période actuelle. Ce choix s'explique par notre problématique qui vise à saisir les logiques de transformation du statut juridique des femmes marocaines. Afin de dégager ces logiques, nous étudierons, tout d'abord, la nature et l'hypothétique singularité de la politique française à l'égard des droits et coutumes (musulman, berbère et juif) relatifs aux femmes marocaines. Nous nous interrogerons ensuite sur sa réception au moment de la décolonisation afin de déterminer si la vague réformiste contemporaine s'inscrit uniquement dans une logique de temps court (pression des associations féministes, etc.) ou de temps long. En d'autres termes, nous remettrons en contexte chaque étape de la stagnation ou de l'émancipation de la femme, posant la question d'une possible cohérence, sur le temps long de l'histoire de la stagnation et de l'émancipation féminines.

Dans cette perspective, nous envisageons tout d'abord (première partie), ce que la parenthèse coloniale a réservé à la condition juridique de la femme marocaine. Nous nous

proposons de décrire l'organisation judiciaire de l'époque (chapitre préliminaire), avant de rentrer dans le cœur du sujet afin que le lecteur comprenne bien quels sont les acteurs et les institutions qui sont en prise directe avec le statut de la femme. En cas de litige ayant trait au droit du statut personnel, le système juridictionnel applicable est « confessionnel »⁸². Ainsi les Marocains musulmans sont assujettis aux cadis, les juifs aux tribunaux rabbiniques, alors qu'une partie des Berbères règlent leurs conflits devant les jma'as (assemblées des tribus). À son installation au Maroc en 1912, la France a maintenu le système judiciaire existant en l'amendant progressivement.

Nous nous interrogeons ensuite sur l'application des règles de statut personnel indigène par les juridictions locales. En amendant le système judiciaire, la France a mis en place un service de contrôle. Ainsi, des agents administratifs français contrôlent la justice indigène et assistent aux audiences. Il est possible que ces fonctionnaires s'immiscent sur le fond du droit et rapprochent la jurisprudence indigène au droit et à la jurisprudence française.

Il arrive même que les règles locales soient en conflit avec une règle internationale, c'est le cas des mariages mixtes. C'est aux juridictions françaises, compétentes en l'occurrence, de régler ces problèmes de conflit de lois.

Dans la seconde partie, nous nous attarderons sur les transformations entamées dès l'indépendance du pays. En effet, c'est à cette date que plusieurs commissions ont été constituées dans le but de réviser l'arsenal juridique en entier, dont celui du statut personnel. Quatre dahirs ont été promulgués donnant lieu à la naissance du Code du Statut Personnel ou la Moudawana de 1957. Ce texte est une simple codification du fikh musulman sous un aspect français ou européen. La Moudawana de 1957 « réduit la responsabilité de l'épouse à la gestion domestique du ménage, il ne lui reconnaît aucun droit en tant que partie au contrat de mariage ayant la capacité juridique de le contracter, d'exécuter les obligations qui en découlent et de demander le respect des droits acquis »⁸³. Alors que les mutations économiques qu'a connues le Maroc ont permis aux femmes d'accéder aux postes de responsabilité dans le champ public, son statut au sein de la cellule familiale demeure un frein à sa volonté d'émancipation. Il faudra attendre les années Quatre-vingt pour voir un

⁸² Nous avons repris cette catégorie qui peut être discutable car européocentrée, mais à l'avantage de la clarté.

⁸³ KHAISSIDI T., « Le renforcement des pouvoirs juridiques de la femme au Maroc », in revue franco-maghrébine de droit n°12-2004, sous la direction de François-Paul Blanc, Presses Universitaires de Perpignan- Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, p. 345. Cité par LAMADDEB B, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, op. cit., p. 6.

puissant mouvement féminin revendiquant la réforme du droit de statut personnel dans un sens plus favorable à la femme. Effectivement, une réforme partielle est entamée en 1993, désacralisant un texte presque immuable jusque-là. Bien que minime, cette réforme encourage les militants féministes à poursuivre leur lutte vers une réforme globale.

Le Code de la Famille est adopté en 2004. Salué par la société internationale et considéré comme une avancée majeure en matière des droits de la femme et des enfants, ce Code instaure pour la première fois quelques principes égalitaires : il fixe un âge légal unique pour le mariage (18 ans), instaure le principe de la coresponsabilité des époux, élargit le droit de la femme au divorce et marginalise la répudiation...

Si la réforme de 2004 est emblématique, sa mise en œuvre est plus problématique. Des obstacles d'ordre sociologique, matériel et humain la contrecarrent. Cet état de fait a eu un impact direct sur l'orientation générale de la jurisprudence, qui a eu et a toujours des difficultés à traduire les objectifs du Code de Famille dans la réalité sociale.

-PREMIERE PARTIE-

LA CONDITION JURIDIQUE DE LA FEMME MAROCAINE PENDANT LA PÉRIODE COLONIALE : LE STATU QUO

Le royaume chérifien a été décrit à la fin de XIX^e siècle par Charles de Foucauld⁸⁴ dans sa *reconnaissance au Maroc*, comme un paradis au sens ethnographique du terme. Lors de son exploration, il est impressionné par la culture complexe et authentique de ce pays, par sa joie de vivre et ses structures sociales bien organisées⁸⁵. Peuplée seulement de quatre millions d'habitants en 1921, dont moins de 10% d'urbains⁸⁶, la société marocaine de début du XX^e siècle est profondément patriarcale. Le mariage n'est soumis à aucun âge minimum ni à aucun consentement de l'épouse. Quant à la polygamie ou la répudiation, ces pratiques sont libres, et dépendent du gré de l'époux.

Le Résident général Lyautey (1912-1925) fasciné par la société marocaine, entend respecter rigoureusement le traité du protectorat en matière de droit de la famille. Les réformes entreprises au Maroc ne doivent en aucun cas modifier le statut de la femme, car même l'esclavage devait être maintenu pour ne pas bouleverser les habitudes des Marocains⁸⁷. Dès lors, que ce soit par conviction ou par crainte de protestations violentes, les Français ne réforment pas l'essence du droit familial ou des mœurs indigènes. Les Marocains continuent à appliquer leurs droits locaux fortement patriarcaux, et les femmes demeurent enfermées sous le contrôle de leurs parents masculins et de leurs maris.

Les autorités du protectorat ne se préoccupent pas davantage de l'éducation des filles indigènes, car instruire les femmes n'a rien de bénéfique et conduira probablement à l'accentuation des protestations populaires. La première école pour filles musulmanes, créée en 1913 à Salé, cherchait seulement à former ces fillettes aux travaux manuels et à leur

⁸⁴ Né le 15 septembre 1858 à Strasbourg et mort le 1^{er} décembre 1916 à Tamanrasset (Algérie), Charles de Foucauld est un officier de cavalerie de l'armée française devenu explorateur et géographe, puis religieux catholique. En 1883, il part explorer le Maroc. Afin de mieux passer inaperçu dans ce pays interdit aux Européens, de Foucauld se fait passer pour un Rabbín juif cherchant à visiter la communauté juive du Maroc. Ce voyage au cœur du Maroc de juin 1883 à mai 1884, et la masse considérable de renseignements (notamment géographiques et ethnologiques) rapportés vaut à Charles de Foucauld la médaille d'or de la Société de géographie de Paris le 9 janvier 1885. À la Sorbonne, il reçoit les palmes académiques pour son travail et son livre *Reconnaissance au Maroc*, écrit en 1888, lui vaut une grande renommée.

⁸⁵ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 241.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*, p. 244.

apprendre un métier⁸⁸. Il faudra attendre 1942 pour voir un premier groupe de filles passer le certificat d'études primaires.

Il faudra toutefois noter que la très faible scolarisation des filles n'est pas due uniquement aux insuffisances de l'offre d'instruction assurée par le protectorat, mais elle relève, en grande partie de la faiblesse de la demande d'éducation. L'élite marocaine n'était pas encore prête à laisser leurs filles sortir dans l'espace public.

Afin d'analyser, en profondeur, la situation de la femme marocaine pendant la période du protectorat, il nous faudra auparavant exposer en chapitre préliminaire le climat judiciaire de l'époque et l'organisation de la justice.

L'introduction de ce chapitre est un préalable indispensable à l'appréhension du statut personnel marocain, ou plutôt des statuts personnels marocains, car à côté de la majorité malékite, s'épanouit une communauté berbère et une communauté juive (Titre I), ainsi qu'à la compréhension de la jurisprudence en la matière (Titre II).

⁸⁸ MOULAY RCHID A., *La condition de la femme au Maroc, op.cit.*, p. 87.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE - L'ORGANISATION DE LA JUSTICE AU MAROC SOUS LE PROTECTORAT

Pendant la période coloniale, le traité de Fez du 30 mars 1912 divisa le Maroc en trois zones. La zone la plus importante du pays était soumise à la France. Dans la partie englobant l'extrême nord, autour d'Ifni et le Sahara marocain, l'Espagne exerçait sa domination. Enfin, la zone de Tanger était sous administration internationale. Cette situation s'est traduite par trois types d'organisations judiciaires, un certain nombre de juridictions indigènes venant encore compliquer de l'intérieur ce système.

La réorganisation judiciaire est abordée par la France sous divers angles. Une première solution aurait été de faire « table rase de tout et substituer aux juridictions indigènes abolies les seuls tribunaux français, système radical », une seconde option, de « réaliser la séparation des pouvoirs, en supprimant les fonctions judiciaires des *pachas* et des *caïds*, au profit du *cadi*, conformément au système algérien », à moins qu'il ne faille « conserver l'ancienne pratique, mais en la réformant et en l'amendant, c'est à ce dernier système que le législateur s'est arrêté »⁸⁹.

En effet, l'article 1^{er} du traité du 30 mars 1912 instituant le protectorat disposait que « le gouvernement de la République française et Sa Majesté le Sultan sont d'accord pour instituer au Maroc un nouveau régime comportant les réformes administratives, judiciaires, scolaires, économiques, financières et militaires que le gouvernement français jugera utile d'introduire sur le territoire marocain »⁹⁰. L'article 4 ajoutait que « les mesures que nécessitera le nouveau régime de protectorat seront édictées sur la proposition de gouvernement français, par sa Majesté chérifienne ou par les autorités auxquelles elle en aura délégué le pouvoir »⁹¹. D'après ces articles, même si ces réformes étaient introduites par le gouvernement français, elles ne pouvaient être mises en œuvre sans l'intervention du Sultan, et sous forme d'un décret royal (*dahir*).

Le protectorat français conservait l'ancienne *praxis* judiciaire, mais en l'amendant. S'agissant des Marocains arabes et musulmans, les colonisateurs laissaient subsister en principe les deux ordres de juridictions religieuses et séculières qui existaient avant 1912. Ils les amendaient toutefois en accordant plus de garanties et de prérogatives aux justiciables.

⁸⁹ RIVIERE P-L., *Études marocaines*, Paris, Recueil Sirey, 1928, p. 10.

⁹⁰ « Traité conclu entre la France et le Maroc pour l'organisation du Protectorat français dans l'Empire Chérifien », *RM*, 1935, n° 1, p. 1.

⁹¹ *Ibid.*, p. 2.

Il en est ainsi du dahir du 7 mars 1914 portant réglementation de la justice indigène et des deux dahirs du 4 août 1918 réorganisant les tribunaux *makhzen*. S'agissant des Berbères et des israélites, les autorités françaises introduisirent des réformes complémentaires (section 1).

Enfin, le dahir du 12 août 1913 prévoyait l'instauration des juridictions françaises, calquées sur celles de la métropole, compétentes pour toutes les affaires concernant les non-Marocains, ainsi qu'en cas de litiges mixtes (Section 2).

Section 1 : La réforme de l'organisation judiciaire préexistante

La France s'est retrouvée en 1912 face à un Maroc pétri d'institutions traditionnelles et dont l'esprit d'insubordination à l'État était profondément enraciné⁹². La société marocaine de l'époque était essentiellement tribale et s'organisait autour de valeurs propres à chaque groupe. À cette époque, la population se divisait en trois catégories : les Arabes, les Berbères et les israélites (Arabes ou Berbères), chaque population possédant ses lois et ses coutumes applicables ainsi que ses juridictions spécifiques. Il existait quatre types de justices. La justice *chra'a*, la justice *makhzen*, la justice berbère et la justice rabbinique.

Tandis que l'administration directe de la France en Algérie lui avait permis de remonter de toute pièce un système judiciaire proche du sien, tout en laissant substituer l'institution des cadis⁹³, la politique coloniale adoptée par la France au Maroc et en Tunisie fut différente. Le protectorat a conduit à sauvegarder l'organisation judiciaire préexistante, tout en superposant à la justice autochtone une justice d'inspiration française. Toutefois, cette justice locale a fait l'objet de quelques réformes de forme. Aussi bien la justice de droit commun (§1) que les justices dites « d'exception » (§2).

§1- La justice de droit commun. La coexistence de deux ordres juridiques

À l'origine, en droit musulman classique, le *cadi* est juge unique et sa compétence est censée s'étendre à tous les musulmans et tous les domaines. Néanmoins, très tôt, il s'est établi que le *cadi* est loin de monopoliser l'exercice de la justice. Plusieurs juridictions

⁹² FRANCHASSIN L., *Des conflits de lois en matière de mariage au Maroc*, Thèse, Droit, Toulouse, 1936, p. 16.

⁹³ Cf. DURAND B., « Originalité et exemplarité de la justice en Algérie (de la conquête à la Seconde Guerre mondiale) », *Histoire de la justice*, n° 16, 2005/1, p. 45-74.

concurrentes ont vu le jour. Nous citons par exemple la juridiction du *muhtasib* (prévôt du marché) ou celle d'*as-shurta* (la police) exercée, en général, par les gouverneurs⁹⁴.

Au Maroc, ces amputations sur les compétences des cadis a fait qu'à la veille du protectorat, ces magistrats ne jugeaient que les affaires immobilières et de statut personnel ou successoral, ce qu'on appelle la justice de *chra'a* (A). Le reste des affaires pénales, civiles et commerciales relevaient des tribunaux des *caïds* et des *pachas* (B). Ce système fut maintenu par le gouvernement français, avec des aménagements.

A. La justice religieuse « *chra'a* »

Par peur de réactions virulentes et en raison de son fondement inspiré largement de la religion musulmane (1), les dahirs réorganisant les tribunaux *chra'a* se sont contentés d'une réorganisation de forme (2).

1. L'origine de la justice de *chra'a*

À l'origine, dans la théorie musulmane de la judicature, le *khalif* en tant que détenteur suprême de l'autorité temporelle et spirituelle, possédait tous les pouvoirs, y compris celui de rendre la justice. Très tôt, avec les expansions militaires et l'extension de domaine de gouvernance, l'usage s'était établi de déléguer les compétences juridictionnelles du *khalif* et le *cadi* apparut comme le mandataire de celui-ci⁹⁵. À la constitution des Premiers empires, la justice devint du domaine des spécialistes, *cadis* et *moufti* (juges et consultants) et le *khalif* intervint de moins en moins dans la nomination des cadis des contrées lointaines. Il déléguait cette fonction aux émirs et plus tard aux *cadis al-qodat* (*cadi* en chef ayant la fonction d'un ministre de la Justice). Le *cadi* devint de ce fait le délégué de celui qui l'a nommé⁹⁶.

Les principes de la délégation et de la subdélégation furent respectés au Maroc dès l'introduction de l'Islam au VIII^e siècle apr. J.-C., notamment dans les grandes villes⁹⁷. Par exemple, aux alentours de Tanger, chaque tribu possédait son propre *cadi*. Les *cadis* étaient choisis parmi les érudits dans la tribu et confirmés dans leurs fonctions par le *cadi* de Tanger,

⁹⁴ Pour une étude détaillée de différentes juridictions existantes. Cf., HENTATI N., « Le pluralisme judiciaire en Occident musulman médiéval et la place du *cadi* dans l'organisation judiciaire », *Bulletin d'Études Orientales*, LXIII, 2015, p. 57-78.

⁹⁵ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, Thèse, Droit, Lille, 1992, p. 739.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

nommé lui-même par le grand *cadi* de Fez. Ce dernier détenait ses fonctions directement du Sultan⁹⁸.

À l'origine, le *cadi* avait compétence en toute matière, mais au fil des siècles l'usage a fait que le *cadi* marocain de la période précoloniale statuait uniquement sur les affaires immobilières et de statut personnel et successoral en appliquant la loi islamique fondée sur le rite malékite. Le reste des matières étaient réglées devant les gouverneurs, des agents administratifs de l'État, appelés *caïds* dans les campagnes et *pachas* dans les villes. Il existait un *cadi* par circonscription placé sous l'autorité d'un gouverneur.

La procédure devant ces *cadis* est purement orale. L'instruction de l'affaire se déroule à l'audience. Si la tentative de conciliation se révèle infructueuse, le *cadi* statue sur le fond du litige⁹⁹. Toutefois, la justice des *cadis* se caractérise par sa lenteur : D'une part, le juge musulman n'est pas tenu de rendre jugement tant que sa conscience n'est pas suffisamment éclairée, ce qui peut retarder l'affaire pendant plusieurs années et d'autre part, ses décisions n'ont pas l'autorité de la chose jugée et le plaideur mécontent peut reprendre sans fin le même procès devant d'autres *cadis*¹⁰⁰. Jacques Caillé, historien et juriste colonial¹⁰¹, dresse un portrait critique de cette organisation : « Les magistrats sont, en raison de la façon dont on les nomme dans une dépendance étroite vis-à-vis des gouverneurs, ceux-ci désignent les candidats à leurs propres convenances ou selon l'importance du cadeau qu'ils ont reçu d'eux... Par ailleurs les *cadis* fonctionnaires judiciaires et religieux, doivent être payés sur les biens *habous*. En fait, concernant leur rémunération, seuls ceux des villes sont logés gratuitement et touchent une modeste indemnité, mais la plupart ne perçoivent aucun traitement. En conséquence, ils sont obligés d'accepter les cadeaux des plaideurs. Ainsi désignés et rémunérés, les *cadis* ne peuvent guère appliquer une bonne justice. Ils relèvent plus ou moins des gouverneurs qui les ont fait nommer et choisissent des hommes à eux, souvent leurs parents, pour n'être pas gênés dans l'exercice de leur pouvoir arbitraire. D'autre part, ils ont intérêt à compliquer et prolonger les affaires pour en tirer le plus d'argent possible ; la plus riche des parties gagne presque toujours son procès. Beaucoup de *cadis* d'ailleurs n'ont pas les connaissances nécessaires pour remplir leurs fonctions et les *naïbs*, ou suppléants qu'ils désignent eux-mêmes, n'en savent pas davantage. Au surplus, leur

⁹⁸ RECTENWALD G., « Réflexion sur l'institution des *cadis* dans le Maghreb », *RA*, 1913, p. 193.

⁹⁹ WAKKACH N., *Les compétences de la cour suprême du Maroc*, Thèse, Droit, Metz, 1997, p. 13.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ En 1950, J. Caillé, docteur en histoire et en droit, est directeur d'études à l'Institut des Hautes Études marocaines.

compétence territoriale est mal délimitée ; il s'ensuit de nombreux conflits entre cadis voisins, ce qui n'est jamais à l'avantage des justiciables »¹⁰².

Même si les affirmations de Jacques Caillé sont confirmées par plusieurs rapports de l'administration coloniale¹⁰³, ainsi que par A. Lahnite, historien contemporain, qui s'est intéressé aux cadis de cette époque dans son ouvrage « La politique berbère du protectorat français au Maroc, 1912-1956 : l'application du traité de Fez dans la région du *Souss* »¹⁰⁴, il est nécessaire de rester prudente sur des analyses qui sont, en général, basées uniquement sur des sources administratives coloniales.

À l'instauration du protectorat, la France a procédé à la réorganisation de la justice de *chra'a* avec beaucoup de vigilance, en raison de son origine considérée comme d'essence divine. Elle s'est contentée d'une réforme de forme.

2. Une réorganisation de forme

Dès son arrivée au Maroc, la France crée, d'une part, par le dahir du 31 octobre 1912, un ministre de la Justice, chargé d'organiser et de surveiller le fonctionnement des tribunaux des cadis et instaure, d'autre part, un service de contrôle, exercé par les autorités du protectorat et incluant la surveillance des tribunaux de *chraa*. Cependant, ces deux instances ne vérifient que la régularité des procédures et ne s'intéressent généralement qu'aux questions de forme.

Pour contrôler le fond des jugements des cadis, le colonisateur (par le dahir du 7 juillet 1914) institue une instance d'appel. En effet, l'appel des décisions des cadis de campagnes est possible devant les cadis des villes. Ces derniers voient, à leurs tours, leurs

¹⁰² CAILLE J., *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1948. p. 19.

¹⁰³ « Les magistrats du *chraa* sont dans la dépendance étroite des gouverneurs qui font ratifier leur nomination par le *Makhzen*. À part quelques Cadis peu nombreux qui reçoivent une rétribution sur les biens *habous*, les autres magistrats ne perçoivent aucun traitement et se paient exclusivement sur les plaideurs » Centre des Archives Diplomatique de Nantes, Maroc, direction de l'Intérieur, 200/725, Note sur les améliorations apportées au fonctionnement et à l'organisation de la justice de *chraa* depuis 1948, le 29 avril 1953 à Rabat, folio 2.

¹⁰⁴ « Les magistrats se trouvaient dans une dépendance étroite vis-à-vis du gouverneur de la région. D'autre part, les Cadis, fonctionnaires judiciaires et religieux, étaient payés sur les revenus des biens *habous*. En fait, seuls ceux des villes étaient généralement logés gratuitement et touchaient une modeste indemnité, mais la plupart ne percevait aucun traitement. En conséquence, ils acceptaient facilement les cadeaux et les *bakchichs* des plaideurs afin d'arrondir les fins des mois difficiles. En outre, ils avaient intérêt souvent à compliquer et à prolonger les affaires pour en tirer le plus d'argent. Beaucoup de Cadis, du reste, n'avaient pas les connaissances nécessaires pour remplir convenablement leurs fonctions. Au surplus, leur compétence territoriale, mal délimitée, donnait lieu à de nombreux conflits toujours au détriment des justiciables. » (LAHNITE A., *La politique berbère du protectorat français au Maroc, 1912-1956 : l'application du traité de Fez dans la région du Souss*, Tome 3, Paris, Harmattan, 2011, p. 149-150).

décisions frappées d'appel devant le conseil des oulémas travaillant sous l'autorité du *vizir* de la Justice. Un autre dahir du 7 février 1921 crée un tribunal d'appel de *Chra'a*, « véritable juridiction de deuxième degré statuant par délégation permanente du Sultan. Composé de deux chambres »¹⁰⁵, trois magistrats y siégeaient, ces derniers étant recrutés parmi les *mouftis*, les oulémas ou les cadis. « Le tribunal d'appel de *Chra'a*, tenait ses audiences au palais royal et était doté d'un secrétariat réparti en greffiers et copistes »¹⁰⁶. Cette juridiction avait de réels pouvoirs de cassation et aucun recours n'est possible contre ses décisions. Sauf dans des cas exceptionnels et rares où les justiciables mécontents pouvaient recourir au pouvoir de révision du Sultan.

De même qu'en matière de procédure, et à l'instar de ce qui s'est passé en Algérie, la France a rationalisé le statut des juges marocains (a) tout en restreignant leur compétence en matière d'immeubles immatriculés (b) et en les contrôlant (c).

a. La réglementation du statut des cadis

Une réglementation provisoire de la justice de *chraa* est instituée par la circulaire du 1^{er} novembre 1912. Le dahir du 7 juillet 1914¹⁰⁷ a repris et complété les dispositions de cette circulaire constituant pendant 30 ans le texte organique de la justice du *chra'a*, jusqu'à son abrogation par le dahir du 7 février 1944¹⁰⁸.

Améliorer la justice de *chraa* et garantir les droits des justiciables nécessite en premier lieu de s'assurer du niveau professionnel des magistrats. Ainsi, dès leur arrivée au Maroc, les autorités du protectorat ont diligenté des enquêtes afin de vérifier la valeur et la moralité des cadis et de leurs *naibs* (suppléants)¹⁰⁹. Ceux qui n'ont pas les connaissances juridiques nécessaires ont été licenciés et ont été remplacés par des magistrats justifiant d'aptitudes professionnelles suffisantes¹¹⁰.

Dans cette optique de doter le Maroc de professionnels de la justice compétents et bien formés, la France a procédé à la rationalisation du statut du cadi. Le texte de base est le dahir du 5 novembre 1937. L'arrêté viziriel du 23 juin 1938 vient fixer les modalités de

¹⁰⁵ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 757.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Dahir portant réglementation de la justice civile indigène et de la transmission de la propriété immobilière, *RM*, n° 4, 1935-1936, p. 25 et s.

¹⁰⁸ Dahir du 7 février 1944 sur l'organisation des tribunaux de *Chraa* de l'Empire chérifien. CADN, DI/1MA/200/725.

¹⁰⁹ CAILLE J., *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, op. cit., p. 20

¹¹⁰ *Ibid.*

recrutement des cadis. Ils seront recrutés dans leur majorité par concours réservé aux candidats possédant un diplôme d'étude supérieur de l'université Qaraouine, aux oulémas, aux adouls comptant au moins cinq années d'exercice de leur profession. Une fois admissible, le candidat est nommé stagiaire au ministère de la Justice et au tribunal d'appel de *Chra'a* pendant deux années¹¹¹. Ce dahir du 5 novembre 1937 a également réglementé et fixé la rémunération des cadis afin de limiter d'éventuels abus. Par la suite, le dahir du 30 mai 1939 apporte de minimes modifications à leur statut. Les cadis deviennent « des fonctionnaires » par le dahir du 17 octobre 1951¹¹².

Après avoir été juge du droit commun en matière du statut personnel, successoral et immobilier des Marocains musulmans, les compétences du cadi se sont restreintes après l'introduction du régime de l'immatriculation foncière.

b. La restriction du domaine du cadi

À l'institution du protectorat français au Maroc, le domaine de compétence matérielle du cadi demeure inchangé. Ce magistrat est le juge de droit commun en matière de statut personnel, successoral et immobilier des Marocains musulmans. À côté, il remplit d'autres fonctions comme celles de chef du notariat musulman et de protecteur légal des incapables. En ces matières, il applique le *fikh* selon le rite malékite.

En matière de statut personnel, nombreux sont les litiges portés devant lui : questions de validité ou de nullité de mariage, conflits entre époux, répudiation, questions de filiation, reconnaissance ou désaveu de paternité, pension alimentaire, etc. Pour les successions, les affaires les plus fréquemment soumises aux cadis concernent l'établissement des inventaires après décès et le dénombrement des héritiers.

Concernant la compétence territoriale des cadis, des dahirs institutionnels, notamment celui du 7 février 1944, instaurèrent les règles suivantes : en matière de statut personnel, le cadi compétent est celui du domicile du défendeur. Celui du lieu de l'immeuble, pour les immeubles et en matière d'héritage, est celui du lieu de l'ouverture de ladite succession. Sa compétence territoriale est bornée à la circonscription judiciaire qui lui a été

¹¹¹ A titre exceptionnel, les cadis peuvent encore être choisis dans une proportion qui ne peut dépasser un emploi sur cinq parmi les fonctionnaires du tribunal d'Appel de *Chraa* ou du ministère de la justice justifiant de cinq années de service. Ou parmi les oulémas justifiant d'une notoriété reconnue (cette disposition a été adoptée par le dahir du 30 mai 1939).

¹¹² CADN, DI/MA/200/725, Note sur les améliorations apportées au fonctionnement et à l'organisation de la justice du chraa depuis 1948, Rabat, le 29 avril 1953, fol. 4.

assignée par son propre dahir de nomination. Celle-ci correspond en général avec la circonscription administrative. Ainsi, les cadis, ne peuvent autoriser l'établissement d'actes transmissifs ou constitutifs de propriété que pour les immeubles situés dans le ressort de leurs circonscriptions judiciaires. La compétence personnelle des cadis s'étend à tous les litiges entre musulmans marocains.

À l'instar de l'Algérie, l'introduction du régime des immatriculations a restreint les pouvoirs du juge musulman en matière immobilière, pour les immeubles immatriculés ou en cours d'immatriculation. Quelle que soit la qualité des parties, ces matières relèvent de la compétence des juridictions françaises. Il n'y a pas de disposition légale sur cette question de compétence, c'est la jurisprudence qui a élargi la compétence des tribunaux français si l'immeuble est immatriculé, même si les parties au litige sont exclusivement des Marocains ou si l'immeuble a déjà fait l'objet d'une réquisition d'immatriculation¹¹³.

Comme dans les autres ordres juridictionnels, un contrôle de la justice *Chra'a* est assuré par la direction des affaires chérifiennes. Un commissaire du gouvernement assiste aux audiences. Il vérifie les questions de compétence, instruit les dossiers, contrôle le courrier entre la juridiction et le vizirat de la Justice et il lui arrive même parfois d'intervenir au fond¹¹⁴.

c. Le contrôle de la justice de *chra'a*

Lié aux renseignements, le service de contrôle est institué par le dahir du 31 juillet 1913. Au départ, la France créa un secrétariat du gouvernement chérifien ayant pour double rôle de servir de lien entre la Résidence et le pouvoir central et d'exercer un contrôle permanent sur le fonctionnement de ce pouvoir¹¹⁵. En 1917, ce secrétariat fut supprimé et substitué par trois directions autonomes : la direction des Affaires chérifiennes, la direction des Affaires civiles, et la direction des Affaires indigènes¹¹⁶. À côté de leurs activités de contrôle administratif, ces trois services assuraient le contrôle judiciaire des juridictions relevant de leurs circonscriptions administratives¹¹⁷. En 1936, la direction des affaires

¹¹³ Cour d'Appel de Rabat, 30 mai 1931, *Recueil des arrêts de la Cour d'Appel*, n° 1094, 1932, p. 353.

¹¹⁴ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 757.

¹¹⁵ LUCCIONI J., « De Lyautey à Steeg : un témoignage », *Revue d'occident musulman et de la méditerranée*, n° 1, 1983, p. 69.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ La direction des Affaires chérifiennes exerce son contrôle dans les villes, la direction des Affaires civiles dans les campagnes « pacifiées » et la direction des Affaires indigènes dans les campagnes soumises à l'autorité militaire. Cf. *Ibid.*, p. 69-70.

indigènes devint la direction des affaires politiques, puis elle changea de nom une nouvelle fois en 1947 pour devenir la « direction de l'Intérieur ». Ainsi, nous relevons une mise en cause du principe de la séparation des pouvoirs judiciaires et administratifs, puisque le contrôle de la justice est confié à des services administratifs.

Les autorités de contrôle tentent d'assurer une certaine organisation de la procédure et d'amener les juges à prendre des décisions dans des délais raisonnables¹¹⁸. Ainsi, le Résident général Lyautey écrit en 1914, dans une lettre adressée aux services du contrôle : « Aucune contrainte ne doit, bien entendu, être exercée sur le *cadi* quant au sens même de la sentence qu'il doit prononcer en toute indépendance, mais, par contre, vous devez intervenir et faire intervenir auprès d'eux les officiers de renseignements et contrôleurs civils pour activer les solutions, faire aboutir les procès et faire réagir rigoureusement contre les lenteurs et les moyens dilatoires dont est malheureusement coutumière la justice indigène »¹¹⁹.

Dans la pratique, cette indépendance du *cadi* est à nuancer puisque le contrôleur civil participe bien aux discussions et agit parfois même sur le fond du litige. En 1935, un commissaire du gouvernement auprès du tribunal d'appel de *Chra'a* rapporte : « Lors de la discussion je donnais mon avis, et un jour après la lecture le Président s'adressant à moi le premier me dit : "Qu'en penses-tu ?". J'avais gagné »¹²⁰.

Enfin, les services du contrôle s'immiscent également dans les nominations et les mutations des magistrats. Les candidatures sont présentées à l'agrément du souverain par le directeur de la direction des Affaires chérifiennes et les nominations nouvelles sont précédées d'enquêtes auprès des autorités de contrôle pour vérifier qu'il n'existe à leur rencontre aucune objection au point de vue politique. Ces enquêtes se sont renforcées à la suite de la déposition et à la déportation du Sultan en Corse, puis à Madagascar et sa

¹¹⁸ « L'agent de contrôle doit être tenu informé des instances introduites devant le *cadi* afin de discerner celles qu'il devra suivre avec une particulière attention. L'examen des différents registres, dont la tenue est imposée dans chaque *mahkama*, en vertu de l'article 6 du dahir de 7 juillet 1914, lui permet de se renseigner sur les actes constitutifs, déclaratifs ou transmissifs de propriété, sur ce qui concerne les immeubles, l'ouverture des successions et des tutelles, les actes de procédure et de jugement, les demandes d'Appels, etc. Il a aussi la possibilité grâce à la transmission sous son couvert des correspondances adressées aux *mahkamas* ou émanant des *cadis*, de s'assurer de façon régulière de la suite donnée aux demandes d'enquêtes dite de « *betaqua* ». Il doit veiller à ce que le *cadi* délivre aux parties copie des pièces de procédure et copie des jugements immédiatement après leur prononcé, afin de permettre à la partie perdante d'interjeter appel dans les délais prévus par la loi ». CADN, Direction des Affaires Indigènes, 1 MA/100/245, Le contrôle de la justice, folio. 3.

¹¹⁹ CADN, DAI, 1MA/100/245. « Justice indigène », « lettre du Résident Général Lyautey aux services du contrôle », Rabat, le 14 juin 1914.

¹²⁰ GRUNER R., *Du Maroc traditionnel au Maroc moderne. Le contrôle civil au Maroc 1912- 1965*, Paris, Nouvelles Ed. Latin, 1984, p. 103.

substitution par son oncle Mohamed Ibn Arafa sur le trône¹²¹. Des sanctions sont même prononcées par la direction des services du contrôle à l'encontre de cadis en raison de leurs activités politiques¹²².

Le fondement religieux ou séculier de la justice entraînait des conséquences sur la marge d'intervention de la France, ainsi le gouvernement du protectorat a procédé avec davantage de liberté en ce qui concerne la justice *makhzen*.

B. La justice séculière « makhzen »

Les *pachas* et *caïds* agents du pouvoir central dépendent du grand *Vizir*. De manière formelle, c'est le Sultan qui nomme ses représentants en région, sur présentation des autorités de contrôle. Mais il est évident que ce sont bien les autorités de contrôle qui choisissent des *caïds* et des *pachas* qui leur conviennent. Le monarque chérifien n'avait presque aucune autonomie réelle dans l'exercice de son pouvoir.

Dès son arrivée au Maroc, le Résident général Lyautey comprit la nécessité de maintenir les *pachas* et les *caïds* dans leurs fonctions et de se servir d'eux, notamment en matière de maintien de l'ordre public. Ce personnage « épris d'ordre social et nostalgique de l'Ancien Régime »¹²³, partisan de l'autorité, « se plaisait à se dénommer féodal, royaliste et religieux. Il retrouvait grâce aux *caïds*, une résurrection de la féodalité à l'européenne »¹²⁴.

La mise en œuvre de la politique coloniale via les gouverneurs a un effet psychologique primordiale ; le Marocain se sentira moins frustré et plus docile gouverné par son concitoyen¹²⁵ et par le maintien des gouverneurs en leur fonction, on conserve

¹²¹ À partir de 1947, avec le discours de Tanger, où il réclame l'indépendance (sans, toutefois, prononcer ce mots), les relations entre le Sultan Sidi Mohamed et la résidence deviennent conflictuelles. Le Résident général Alphonse Juin fait pression sur le monarque pour qu'il désavoue l'indépendance et se démarque des revendications nationalistes. Mais en 1951 Sidi Mohamed conclue avec les nationalistes le pacte de Tanger pour lutter pour l'indépendance. De nouvelles manifestations virent à l'émeute au Maroc en 1952, alors que Sidi Mohamed donne à la cause marocaine une audience internationale à l'ONU avec le soutien des États-Unis. Face à cela, et avec le soutien de quelques *Pachas* et *Caïds* ainsi que du Grand vizir Mohamed El Moqri le nouveau Résident Général Guillaume dépose le Sultan pour placer son oncle Mohamed Ibn Arafa sur le trône du Maroc. Sidi Mohamed refuse d'abdiquer, il est arrêté en 1953, puis déporté en Corse et ensuite au Madagascar.

¹²² Par exemple, la proposition de la mise à la retraite de deux cadis de la région de Casablanca en raison de leurs activités politiques contraire à la politique coloniale : « Dans les circonstances présentes la mise à la retraite sans délais des deux cadis représente une mesure efficace et une preuve de fermeté vis-à-vis des citoyens demeurés attachés à l'ex-souverain ». CADN, DI/1MA/200/725, Lettre du contrôleur civil chef de la région de Casablanca à Monsieur le directeur de l'intérieur, Casablanca, le 10 septembre 1953.

¹²³ RIVET D., « Quelques propos sur la politique musulmane de Lyautey au Maroc (1912-1925) », dans LUIZARD P., *Le choc colonial et l'islam*, La Découverte « TAP/HIST Contemporaine », 2006, p. 255.

¹²⁴ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 750.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 751.

l'organisation administrative et sociale préexistante tout en promouvant les intérêts des autorités protectorales.

Le despotisme de ces personnages était compensé par les avantages du maintien de l'ordre et de la promotion de la politique coloniale. Face aux abus constatés dans l'exercice des pouvoirs des *caïds*¹²⁶, Lyautey rappelle aux services de contrôle qu'en cas de faute commise par ces agents, il faut « infliger aux *caïds* fautifs un blâme, une réprimande ou un avis de demande de punition », il précise toutefois de ne pas le faire en public « de manière à ne pas diminuer aux yeux de la population l'autorité dont le *caïd* a besoin pour gouverner »¹²⁷. Son successeur, le Résident général Urbain Blanc affirme, à son tour, que « La sécurité à l'intérieur de notre protectorat est assurée par l'administration des *caïds*, dont l'autorité est acceptée et redoutée en raison de leur pouvoir de répression »¹²⁸.

Rendre la justice par ces agents administratifs n'a pas choqué les auteurs coloniaux, au contraire, on y fait l'éloge et on la justifie. Roger Gruner, contrôleur civil, affirme : « Au demeurant cette justice, si elle maintenait entre les mains des *pachas* et *caïds* la confusion des pouvoirs et était à ce titre l'objet de critiques, n'était pas aussi mauvaise qu'on l'a laissé entendre. Par sa simplicité, sa gratuité et sa rapidité, elle était bien adaptée aux mentalités ; soumise à l'arbitraire des chefs qui jugeait plus en équité qu'en application des textes, elle dépendait évidemment pour le meilleur et pour le pire de la personnalité de ceux-ci dont les pouvoirs étaient essentiellement limités par l'action du représentant de l'autorité française, à la fois commissaire du gouvernement et contrôleur de l'autorité marocaine »¹²⁹.

Cette justice *makhzen* a fait l'objet de maintes tentatives de réformes, durant l'année 1913 (deux dahirs et une circulaire), mais les textes de base de la réforme de cette justice demeurent les deux dahirs du 4 août 1918. L'un réglementant la juridiction des *pachas* et *caïds*, tandis que l'autre crée un Haut Tribunal Chérifien.

Pour analyser les grandes réformes introduites par la France (2), il est nécessaire de bien comprendre le fonctionnement et les représentations de la justice *makhzen* dans l'histoire (1).

¹²⁶ « Le Maghzen et la résidence générale sont saisis de plaintes nombreuses, émanant d'indigènes et de colons contre certains Caïds, qui abuseraient fréquemment de l'autorité qu'ils doivent à la présence de nos troupes et à notre appui pour commettre des abus de tout genre ». DAI, 1MA/100/245, Une lettre de Lyautey au commandant du sud toutes régions, Rabat, le 19 avril 1913.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ DAI, 1 MA/100/245, Urbain Blanc, Note sur l'organisation de la justice chérifienne, Rabat, le 7 avril 1925.

¹²⁹ GRUNER R., *Du Maroc traditionnel au Maroc moderne. Le contrôle civil au Maroc 1912- 1965, op. cit.*, p. 91.

1. L'historique de la justice *makhzen*

À l'origine, la fonction judiciaire a été confiée à des juges honorables qui appliquaient le droit musulman, tandis que la fonction administrative comme celle de police étaient assurées par le gouverneur (*pacha* ou *caïd*), représentant du Sultan en région.

Cependant, cet agent administratif commence graduellement à empiéter sur les pouvoirs des juges musulmans, d'abord en matière pénale puis par glissement, il en vient à connaître certaines affaires civiles et commerciales. Ainsi, les gouverneurs acquièrent de véritables pouvoirs juridictionnels sans en avoir jamais la mission.

Cette justice au Maroc est appelée la justice *makhzen*, faisant référence au pouvoir central qui avait reçu le nom du *makhzen*, entrepôt en arabe. La justice des *pachas* et *caïds* est la parfaite illustration de l'absence du principe de séparation des pouvoirs, car organiquement les mêmes personnes qui sont les gouverneurs, sont amenées à exercer le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire.

Les gouverneurs qui sont les *pachas* et les *caïds* jugent en équité et si l'une des parties relève une question de droit, nécessitant une certaine connaissance de la loi islamique, ils doivent les renvoyer vers le cadî. Les justiciables peuvent également saisir directement le cadî¹³⁰. Aucun recours contre les décisions des *caïds* n'était possible, sauf devant Vizir ach-chikayat (ministre des Réclamations), mais elle était d'accès difficile¹³¹. Aucune législation ne réglementait les questions de procédure ni de compétence, ce qui conduisait à un chevauchement de compétences entre les juridictions indigènes. Les limites des affaires qui reviennent au cadî, au *caïd* ou au rabbin ne sont pas claires.

En matière civile et commerciale, le défendeur présentait une requête orale et la procédure ignorait l'écrit sauf pour certains rapports d'experts¹³². En matière pénale, la procédure est plus rapide et plus souple. Tout accusé est aussitôt arrêté sans qu'on se préoccupe de savoir s'il est coupable ou innocent et pour sortir de prison il doit toujours verser une certaine somme¹³³. Trois peines sont prévues : la prison et la bastonnade, prononcées simultanément, et l'amende. Celle-ci est la plus fréquente ; aucune loi n'en fixe

¹³⁰ CAILLE J., *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, op. cit., p. 45.

¹³¹ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 749.

¹³² *Ibid.*

¹³³ CAILLE J., *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, op. cit., p. 46.

le montant et le gouverneur garde pour lui les sommes ainsi versées. C'est un moyen pour lui de se procurer des ressources, car il ne touche pas de traitement.

Les peines étaient, en effet, prononcées en vertu du pouvoir discrétionnaire du *caïd*. Il était possible que la sentence prononcée soit un moyen pour le *caïd* de donner libre cours à ses sentiments personnels¹³⁴. Par conséquent, et dans le but de limiter ces anomalies, le protectorat a ressenti le besoin de réformer la justice *makhzen*.

2. La justice *makhzen* : grande réforme et refonte

Comme les autorités françaises ont voulu éviter une administration directe du Maroc, elles ont fait en sorte de laisser subsister les fonctions judiciaires des *pachas* et *caïds*. La justice *makhzen* est toujours exercée par les tribunaux des *caïds* dans les campagnes et par les tribunaux de *pachas* dans les villes. La France a procédé lentement et progressivement à la réforme de cette justice.

La réorganisation de la justice *makhzen* est entamée par une circulaire vizirienne du 08 janvier 1913 qui fixe le maximum de peine (un an de prison et 1000 pesetas) que pourraient prononcer les *caïds* et les *pachas*. Un dahir du 11 novembre 1913 crée un conseil des Affaires criminelles, devant lequel sont jugées les affaires passibles d'une peine plus élevée. Le but était de réguler le pouvoir discrétionnaire des gouverneurs, mais l'une et l'autre de ces mesures étaient caduques du fait de la non-maîtrise du pays¹³⁵. Un autre dahir du 12 octobre 1913 institue une commission de révision de justice criminelle et des grâces.

C'est en 1918 que seront promulgués les textes de base de la justice *makhzen*. Deux dahirs du 4 août 1918¹³⁶, d'une grande importance, dont le premier réglait la juridiction des *pachas* et *caïds*, tandis que le second créait un Haut Tribunal Chérifien. Ces textes fondamentaux comportaient plusieurs innovations importantes : l'institution de la procédure par défaut, de l'opposition, un tribunal de second degré pour les jugements des *pachas* et *caïds* et un tribunal de premier degré pour les infractions et crimes graves.

Le caractère non religieux de la justice *makhzen* encourageait les autorités protectorales à intensifier leur activité de contrôle. À l'instar de la justice *chraa*, un

¹³⁴ BRUNO H. et FABIEN., « La réorganisation de la justice indigène au Maroc », *RA*, 1914, p. 185 et s.

¹³⁵ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 761.

¹³⁶ Bulletin officiel de l'Empire chérifien - Protectorat de la République française au Maroc n° 806, du 2 septembre 1918, p. 837 et s.

commissaire du gouvernement tient le rôle du ministère public, assiste aux audiences et veille à la bonne administration de la justice.

Comme le *caïdat* avait une grande liberté dans l'appréciation des preuves, la qualification des faits, les peines prononcées, etc., on voyait souvent dans le commissaire du gouvernement le contre-pouvoir du *caïd*. Néanmoins, il arrive que ce soient bien les contrôleurs qui rendent effectivement la justice en se substituant aux *caïds* et *pachas*, majoritairement illettrés. Dans ce cas, les commissaires du gouvernement et leurs interprètes rédigent entièrement les rapports d'enquête et les jugements que les *caïds* sont appelés à signer purement et simplement sans les comprendre¹³⁷. De plus, en matière pénale, le commissaire du gouvernement ou le délégué de l'autorité de contrôle, jouit, en sa qualité d'officier de police judiciaire chérifien, de la faculté, de procéder seul, à une enquête préliminaire afin d'accélérer la procédure¹³⁸.

Il faudra attendre les années Quarante pour qu'une seconde réforme par dahir soit adoptée sous la pulsion du nationalisme marocain. En effet, dès 1934, un plan de réforme marocain est présenté à la résidence, au sultan et à Pierre Laval par le premier parti politique marocain, le Comité d'Action Marocaine¹³⁹. Ce plan présentait des réformes administratives, économiques et judiciaires. Parmi les revendications des nationalistes marocains figuraient la question de la suppression des tribunaux des *pachas* et des *caïds*. La Résidence générale y répondit. Ainsi, quatre commissions furent créées à parité entre Français et Marocains. Finalement, une réforme eut lieu par dahir du 28 novembre 1944, précédé de peu par celui du 8 avril 1943 étendant les règles de compétence et de procédure à tous les tribunaux royaume chérifien.

Cependant, la réforme du 28 novembre 1944 demeure timide et de portée limitée, même si la justice du *pacha* est devenue collégiale, ceci ne concerne que la justice civile et commerciale, et ne s'applique que dans les grandes villes. Les droits pénaux des *caïds* et des *pachas* demeurent donc intacts. Dans les grandes villes, le *pacha* est assisté de deux assesseurs à voix délibérative. Ces derniers ne sont pas des administrateurs, mais des juges à plein temps recrutés par voie de concours¹⁴⁰. Ce dahir crée, en outre, des juges délégués

¹³⁷ CADN, DI/1MA/200/725, Du contrôleur civil chef de la région de Rabat à Monsieur le directeur des affaires politiques, « mahkama des Caïds dans la région de Rabat », Rabat, le 14 novembre 1936.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Le plan de réformes marocaines de 1934 est présenté par dix personnalités marocaines (dont Mahamed Hassan El Wazzani et Omar Abdeljalil), sous le patronage d'un comité de quinze personnalités politiques et littéraires française.

¹⁴⁰ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 762.

statuant en premier ressort, uniquement en matière civile et commerciale et dont les jugements sont différés devant le tribunal du *pacha*, statuant en appel. Comme les assesseurs du *pacha*, les juges délégués étaient également des professionnels¹⁴¹.

Ainsi, les tribunaux des *pachas* et des *caïds* sont maintenus, mais la refonte de la justice Makhzenienne date du 24 octobre 1953. Quatre dahirs sur l'organisation de la justice *makhzen* y sont adoptés¹⁴² et l'un d'eux supprime les juridictions des *caïds* et des *pachas*. Cette réforme vient juste après la déportation du sultan en Corse, puis à Madagascar et sa substitution par son cousin Mohamed Ben Arafa. Probablement, par cet acte, le colonisateur a voulu calmer les protestations contre l'enlèvement du Sultan et attirer une opinion publique favorable à la suppression des fonctions juridictionnelles des *pachas* et des *caïds*. Ceci figurait, d'ailleurs, parmi les revendications des nationalistes dans « le plan de réformes marocaines » de 1934.

Par ce dahir, les conflits de nature civile, commerciale ou pénale, sont réglés par des tribunaux de première instance, des tribunaux régionaux et par le Haut Tribunal Chérifien¹⁴³. Cette praxis judiciaire sera reconduite au moment de l'indépendance du pays.

Le même jour, le 24 octobre 1953 fut promulgué un Code pénal moderne applicable devant les juridictions *makhzen*. Le Code de 1953 est le premier Code pénal dans l'histoire du Maroc. Il introduit le principe de la légalité des délits et des peines et prévoit un minimum et un maximum pour chaque infraction¹⁴⁴.

Cette ligne de réformes a été tentée également sur les justices d'exceptions existantes : la justice coutumière des tribus berbères et la justice rabbinique de la population juive marocaine.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Dahir du 24 octobre 1953 formant Code pénal marocain, B.O., n° 2142 bis du 19 novembre 1953; dahir du 24 octobre 1953 formant code de procédure pénale, B.O., n° 2142 bis du 19 novembre 1953; dahir du 24 octobre 1953 relatif à l'organisation de la justice *makhzen*, B.O., n° 2142 bis du 19 novembre 1953 ; dahir du 24 octobre 1953 fixant le statut des magistrats des tribunaux *makhzen*, B.O., n° 2142 bis du 19 novembre 1953.

¹⁴³ Les tribunaux de première instance ne sont autres que les juges délégués, et en dehors des ressorts de ceux-ci, les juridictions *caïdales* et *pachaliques* sont maintenues. Ces dernières assistées d'assesseurs sont compétentes dans les affaires excédants certains taux. Les tribunaux régionaux comprennent une ou plusieurs chambres sous la présidence d'un magistrat. Le Haut Tribunal Chérifien, outre une chambre criminelle, une des appels civils, une des appels correctionnels et une chambre de révision et de cassation continue à avoir la section pénale coutumière. Cf., BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 764-765.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 765.

§2. La justice d'exception ; la justice berbère et la justice rabbinique

La population marocaine est diverse, elle rassemble les Arabes musulmans, les juifs ainsi que les Berbères (musulmans ou juifs). Le recensement de 1936 dénombre 6 millions de Marocains, dont 161 942 juifs¹⁴⁵.

S'agissant des Berbères, les Marocains appartiennent en grande majorité à cette ethnie. Mais la conquête arabo-musulmane du Maroc a fait que plusieurs tribus se sont arabisées par la suite. Cela n'empêche que, des trois pays du Maghreb, le Maroc reste le plus berbérophone. Probablement la moitié de sa population parlait le berbère au début du XX^e siècle¹⁴⁶.

Les Berbères avaient leur propre droit ainsi que leur propre justice d'essence coutumière (A), et les israélites marocains leur droit et leur justice d'inspiration purement religieuse (B). La France a tenté de réorganiser ces différentes formes de justices.

A. La justice berbère : des tentatives de réforme non abouties

Au Maroc on distingue trois populations berbères, les rifains au nord, les amazighs du Moyen Atlas et de la partie orientale du Haut Atlas et les shlouhs du Sous, d'Anti-Atlas et la partie occidentale du Haut Atlas.

La majorité des tribus berbères faisaient partie de ce qu'on appelait sous l'ancien Maroc, bled *siba*, où l'autorité du Sultan alaouite n'était que fictive et qu'on opposait au bled el *makhzan* réellement soumis. Le Makhzen a eu mal à s'imposer en pays berbère. La population de ces territoires a toujours résisté, y compris militairement, contre le pouvoir du Roi et du Makhzen et refusait de payer les impôts. La délimitation entre pays de *siba* et *makhzen* n'était pas claire et territorialement fluctuante.

Chez les Berbères, l'ensemble des institutions juridiques et sociales venaient du groupe, et la coutume fait en grande partie l'originalité du groupement. La coutume est généralement orale, mais quelques codifications en étaient faites dans le Sous¹⁴⁷. Ces coutumes sont variables : elles diffèrent d'une région à l'autre et parfois même de tribu à tribu. Chaque tribu applique des coutumes et des usages locaux qui lui sont propres. En général, le pouvoir répressif appartenait au chef de la tribu (*caïd* ou *amghar*). Les sanctions

¹⁴⁵ CAILLE J., *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, op. cit., p. 107.

¹⁴⁶ RIVET D., *Histoire du Maroc: De Moulay Idriss à Mohamed VI*, op. cit., p. 36.

¹⁴⁷ Voir le titre I chapitre premier de cette même partie.

sont en principe des amendes. En matière civile, les Berbères recourent souvent à l'arbitrage et ce sont les parties elles-mêmes qui choisissent leur juge.

Le protectorat français a adopté un arsenal juridique bien fourni, afin de réformer cette justice (2), en intentant, auparavant, une politique promouvant l'originalité des Berbères et de leurs coutumes (1).

1. L'exception de la coutume berbère sous le protectorat

Comme l'indiquait, C. R. Ageron, la politique coutumière Berbère instaurée au Maroc visait principalement, à l'instar de la politique kabyle, à opposer l'arabe au berbère, le *chra'a* à la coutume ancestrale et cette berbérophilie déjà existante allait concourir au Maroc à la formation d'un nouveau mythe berbère¹⁴⁸. Au départ, ce sont des militaires, notamment des officiers de renseignement qui ont contribué à la construction de ce mythe puisque c'est à eux qu'on a demandé des rapports et des comptes rendus sur les tribus conquises. Par la suite, plusieurs idéologues coloniaux se sont emparés de ces arguments.

Le premier postulat présenté est que les Berbères sont les vrais habitants de l'Afrique du Nord. Victor Piquet, officier des Affaires indigènes, avançait dans son ouvrage, paru en 1925 et intitulé *Le peuple marocain. Le bloc berbère* que les Berbères non arabisés, donc non ou peu islamisés, pouvaient être conquis, pour cette raison, plus facilement à "la civilisation" française et au christianisme¹⁴⁹.

D'autres ouvrages, émanant de militaires, vont dans le même sens : « Le général Brémond ne cachait pas qu'il fallait désislamiser les Berbères et les franciser ; le lieutenant-colonel Sicard, officier interprète attaché au palais chérifien, écrivait qu'on devait empêcher par tous les moyens la propagation de l'Islam dans les possessions françaises. Le capitaine Le Glay pensait qu'« on devait cesser de parler arabe en pays berbère » et donnait comme consigne à nos instituteurs : « apprenez tout aux Berbères sauf l'arabe et l'Islam » »¹⁵⁰.

Cette hostilité envers l'Islam et l'arabité est bien présente également chez les juristes, les sociologues et les ethnologues coloniaux. En les comparant aux habitants de l'Auvergne, certains d'entre eux ont affirmé que les Berbères et les Kabyles avaient une « âme » similaire à celle des paysans français du Moyen-âge¹⁵¹. D'autres préconisent une transplantation

¹⁴⁸ AGERON C-R., « La politique berbère du protectorat marocain de 1913 à 1934 », *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, t XVIII, janv-mars, 1971, p. 51.

¹⁴⁹ Cité par BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 610.

¹⁵⁰ AGERON C-R., « La politique berbère du protectorat marocain de 1913 à 1934 », op. cit., p. 57-58.

¹⁵¹ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 611.

massive de la langue française et du droit français dans le monde berbère, à l'instar d'A. Bernard, membre de la commission des Affaires musulmane en Algérie, ou de G. Surdon avocat et haut fonctionnaire¹⁵². Quant à P. Marty, il propose l'assimilation des Berbères par le biais de l'école : « ...L'école franco-berbère c'est donc l'école française par l'enseignement et la vie, berbère par les élèves. Donc, pas d'intermédiaire étranger. Tout enseignement de l'arabe, toute intervention du "Fkih", toute manifestation islamique seront rigoureusement écartés...en résumé, ces écoles seront autant des organismes de politique française et des instruments de propagande que des centres pédagogiques proprement dits... »¹⁵³.

Dans le milieu catholique, cette assimilation résonne comme synonyme de christianisation des populations berbères. Pour le rédacteur en chef de *La Croix*, par exemple, assimilation et christianisation sont consubstantielles. D'après lui, la « pénétration en pays berbère se fera au nom de la France plutôt qu'au nom du Sultan. Elle se fera par l'école, non laïque et athée, mais religieuse »¹⁵⁴. Il préconise de doubler les missionnaires franciscains par les instituteurs kabyles convertis au christianisme¹⁵⁵.

Les opposant aux envahisseurs arabes, initiateurs d'une théocratie musulmane archaïque, des auteurs coloniaux ont fait l'éloge des Berbères et de leur esprit démocratique et laïc. Quant au droit berbère, il se rapproche, selon eux, du droit français et se démarque fortement du *fikh* musulman¹⁵⁶. Ainsi, J. Caillé affirme que « malgré quelques ressemblances avec *chra'a*, les coutumes berbères sont néanmoins plus souvent en harmonie avec notre code qu'avec les lois de l'Islam »¹⁵⁷. Le sociologue Jacques Berque considère la montagne berbère comme « un conservatoire à bons sauvages » qu'il s'agit de maintenir à part des plaines et des villes soumises à l'arabo-islamisme¹⁵⁸. Les Berbères possèdent leurs propres institutions et leurs lois et à ce titre ils n'ont aucun besoin du *chra'a* ni du pouvoir du Sultan.

Enfin, ce qui différencie le plus les Berbères des Arabes était, toujours selon certains doctrinaires coloniaux, une islamisation superficielle. Même quand il y a imprégnation de l'Islam sur les coutumes locales, ceci n'était pas spontané, selon M. Morand, mais il provient

¹⁵² *Ibid.*, p. 613.

¹⁵³ MARTY P., *Le Maroc de Demain*, Paris, Comité de l'Afrique française, 1925, p. 241.

¹⁵⁴ Cité par AGERON C-R, « La politique berbère du protectorat marocain de 1913 à 1934 », *op. cit.*, p. 60.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 60-61.

¹⁵⁶ BOUDERBALA N., « Aspects de l'idéologie juridique coloniale », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 04 juin 1978, p. 102.

¹⁵⁷ CAILLE J., *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, *op. cit.*, p. 76.

¹⁵⁸ RIVET D., *Histoire du Maroc : De Moulay Idriss à Mohamed VI*, *op. cit.*, p. 35.

du *makhzen*¹⁵⁹. R. Montagne, chef de la section sociologique de la direction des Affaires indigènes, affirmait dans le même sens : « C'est l'évolution politique qui a précipité l'issue de la lutte. Les agents du *makhzen*, *pachas* et *caïds* ont donné tout leur appui au droit religieux et supprimé l'activité du droit coutumier »¹⁶⁰. Parlant toujours de ces régions du sud, il précise l'intérêt qu'à la France a restauré le règne de la coutume, véritable expression de l'identité berbère¹⁶¹.

Les idéologues coloniaux s'accordent, également, sur l'originalité du système judiciaire berbère, fondé en grande partie sur l'arbitrage. Néanmoins, la France a considéré qu'il était nécessaire de réglementer davantage la justice coutumière.

2. La réforme de la justice coutumière et ses étapes

Dans le pays berbère, il n'existait aucun pouvoir judiciaire réglementé. La justice coutumière est basée en grande partie sur l'arbitrage, que ce soit par la désignation d'un arbitre juge ou par une assemblée administrative constituée des notables de la tribu appelée la *jma'a*. Le colonisateur s'est retrouvé face à un système judiciaire anarchique nécessitant une réforme profonde. Hormis le dahir de 1914 sur l'organisation de la justice coutumière, l'intervention législative du protectorat s'est manifestée tout d'abord par de simples mesures administratives (a) avant de se concrétiser par un dahir en 1930 (b).

a. La réforme par mesures administratives : 1915-1924

Dès son arrivée à la tête de la Résidence, le Résident général Lyautey ordonnait aux officiers de renseignement des rapports et des enquêtes sur les tribus berbères et leurs coutumes. Il fallait alors sauvegarder l'originalité berbère. Ainsi, le dahir du 11 septembre 1914¹⁶² précise dans son article 1 que « Les tribus dites de coutumes berbères sont et demeureront régies et administrées selon leurs lois et coutumes propres sous le contrôle des autorités ». L'article 2 du même texte prévoit, en outre, que ces tribus seraient désignées par arrêté viziriel : « Les arrêtés de Notre Grand Vizir pris d'accord avec le secrétaire général du gouvernement chérifien, désigneront au fur et à mesure des besoins, les tribus à comprendre

¹⁵⁹ MORAND M., *Etudes de droit musulman et de droit berbère*, Alger, J. Carbonel, 1931, p. 298. Cité par BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit, p. 620.

¹⁶⁰ MONTAGNE R., « Une tribu du sud marocain : Massat », *Héspéris*, 4^e trimestre, 1924, p. 397. cité par *ibid*.

¹⁶¹ BEN DAOUD et MONTAGNE R., « Documents pour servir à l'étude du droit coutumier marocain », *Héspéris*, 1927, 4^e trimestre, p. 404. Cité par *Ibid*.

¹⁶² Dahir du 20 chaoual 1332 (11 septembre 1914) relatif à l'administration des tribus berbères de l'Empire, *Bulletin officiel de l'Empire chérifien - Protectorat de la République française au Maroc*, n° 100, 20 septembre 1914, p. 742-743.

dans la catégorie dite de coutume berbère ». Comme la soumission totale des Berbères n'est intervenue qu'en 1933¹⁶³, la zone de la coutume berbère s'étendait au fur et à mesure du progrès militaire, et en 1933, cette zone comptait 84 tribus ou confédérations regroupant environ 7000 individus. Par la suite, il y a eu des modifications ; des groupements classés ont été déclassés (comme les béni Sadden) ; d'autres classés, mais restent en fait en dehors de la zone de coutume (les Ida ou Bakil)¹⁶⁴.

De 1915 à 1923, des réformes successives de cette justice ont été entamées via des mesures administratives, des circulaires, des lettres ou des notes résidentielles, mais la lenteur du processus de « la pacification » et la non-maîtrise du pays ont fait que la réforme de la justice berbère n'était réellement que fictive.

Sur instruction de Lyautey, H. Bruno rédige une circulaire le 22 septembre 1915, afin de régler provisoirement la justice coutumière. En amont, ce contrôleur civil avait réalisé une enquête sur les tribus berbères de la région de Meknès et concluait que la justice en monde berbère marocain n'était pas rendue par la *jmaa*, comme en Kabylie, mais plutôt par un ou plusieurs arbitres¹⁶⁵. Les dispositions de cette circulaire maintiennent le rôle de l'arbitre, en organisant les questions de compétence et de la loi applicable. Ces instructions confirment le principe d'absence d'appel pour les décisions du juge arbitre.

Une nouvelle réglementation de la justice coutumière est entreprise durant les années 1923 et 1924, également réalisée par des mesures administratives, notamment celles des 10 juillet 1923, 17 août 1923, 29 janvier 1924, 14 février 1924 et 16 septembre 1924. Ces textes maintiennent le principe du juge arbitre, mais étendent le rôle de *jma'a*.

En effet, une circulaire de 1923 du secrétaire général du gouvernement chérifien avait reconnu aux parties en commun accord de saisir un, deux ou jusqu'à trois arbitres. Cette disposition n'a jamais été appliquée à cause de l'attitude des autorités locales du contrôle qui préféraient la *jma'a* au principe du libre choix de l'arbitre¹⁶⁶. Il faudra toutefois préciser qu'à cette époque la *jma'a* avait un caractère administratif et jugeait sans appel. Il est décidé à la même époque de créer des *jma'as* judiciaires qui constituent la base de la justice coutumière¹⁶⁷. Près de chacune de ces juridictions, un commissaire de gouvernement

¹⁶³ C'est l'année où les tribus berbères du sud-ouest abdiquèrent et rendirent les armes.

¹⁶⁴ PLANTEY A., *la réforme de la justice marocaine. La justice makhzen et la justice berbère*, op. cit., p. 219.

¹⁶⁵ BRUNO H., « Introduction au droit coutumier berbère du Maroc central », *Archives berbères*, 1915-1916, p. 137.

¹⁶⁶ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 665.

¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 666.

français, souvent un officier des affaires indigènes, tenait un rôle primordial¹⁶⁸. Il participe aux audiences et veille au bon fonctionnement du tribunal, étant donné, que les magistrats étaient des juges non professionnels, choisis parmi les notables de la tribu pour quelques années.

Par les circulaires du 14 février et du 29 janvier 1924 les *jma'as* judiciaires deviennent des « tribunaux coutumiers », tout en maintenant le principe du juge arbitre¹⁶⁹. Le rôle de cette institution judiciaire a évolué, néanmoins ses décisions n'ont pas l'autorité de la chose jugée et peuvent à tout moment être contestées devant une autre juridiction concurrente.

En se basant essentiellement sur des actes administratifs (hormis le dahir de 1914), la justice coutumière n'avait aucune existence légale et cet état de fait se maintiendra jusqu'à 1930. Le Sultan Moulay Youssef refusait de prendre des dahirs, « estimant, selon A. Zayani, que son autorité de Commandeur des croyants s'exerce en tribus par l'intermédiaire de ses deux agents qu'étaient le caïd et le cadi. Les *jma'a* judiciaires, en éliminant le *chra'a* en zone berbère, consacrent en fait la déchéance du Sultan chérifien, en tant qu'imam-gardien de la foi religieuse, sur une partie importante de son Empire. C'était aussi une reconnaissance officielle de la dissidence »¹⁷⁰.

Cependant, les autorités coloniales ne désarment pas. Il était urgent de légaliser cette justice. Un arrêté résidentiel du 7 décembre 1929 crée une commission « d'étude de l'organisation et du fonctionnement de la justice coutumière ». Un projet de dahir établi par la direction des affaires indigènes lui est soumis dès sa première séance le 26 février 1930¹⁷¹.

¹⁶⁸ Un exemple des rapports des *jma'as* judiciaires avec les autorités françaises de contrôle d'après le témoignage du colonel de la Porte de Vaux : « Le rôle du commissaire du gouvernement près des tribunaux coutumiers était délicat, exigeait de la patience et beaucoup de travail. Un tribunal coutumier valait ce qui valait l'officier qui le contrôlait...C'était à lui qu'il revenait de fixer...du jour de séance du Tribunal coutumier, les affaires qu'il avait classés dans la compétence de ce tribunal, pouvant ainsi être examinées dans les plus courts délais, et il avait ainsi évité aux justiciables un nouveau déplacement souvent très long » Cité par LAHNITE A., *La politique berbère du protectorat français au Maroc, 1912-1956: l'application du traité de Fez dans la région du Souss*, Tome 3, Paris, Harmattan, 2011, p. 162.

¹⁶⁹ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit, p. 668.

¹⁷⁰ ZAYANI A., « Discours scientifiques du protectorat et conception de la justice en milieu urbain marocain », dans Gérard-Loiseau S. et Renucci F. (dir.), *Les discours sur le droit et la justice au Maghreb pendant la période coloniale (XIX-XX s.)*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2011, p. 163.

¹⁷¹ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit, p. 676.

b. Le dahir de 1930 et ses répercussions

Le texte du dahir du 16 mai 1930¹⁷² comprend seulement 8 articles traitant simultanément de la justice civile et pénale. Il reconnaît la compétence des tribunaux coutumiers déjà établis en 1924 et y rejoint des tribunaux d'appel jugeant selon la coutume.

Les tribunaux coutumiers sont compétents en matière de statut personnel et successoral ainsi que pour les immeubles non immatriculés situés en zone de coutume. L'appel est possible devant les tribunaux d'appel coutumier statuant en dernier ressort. Le pénal revient aux *caïds* avec la possibilité d'interjeter appel de ses décisions devant la section pénale coutumière du Haut Tribunal Chérifien. La grande nouveauté réside dans l'article 6 qui donne compétence aux juridictions françaises pour juger les crimes commis en pays berbère, en appliquant la loi pénale française.

Ainsi, le dahir de 1930 accentue très nettement la différence en matière pénale entre le pays de coutume et le pays de *chra 'a*, tout d'abord, par l'institution des tribunaux d'appel compétents pour certains délits et ensuite par la compétence reconnue aux juridictions françaises pour les crimes¹⁷³. D'emblée, le dahir berbère provoque une forte insurrection urbaine. Partant essentiellement des mosquées, de multiples protestations ont vu le jour. Les fidèles y récitent *Ya Latif*, une prière invoquée en cas de péril en « la maison » de l'Islam¹⁷⁴. Des manifestations de rue enclenchées à Fez, ont fait l'objet d'une répression sévère de la part de la résidence et du *Pacha* de cette ville.

Ce dahir n'est réellement qu'une concrétisation de la politique berbère promue par le protectorat depuis 1914, celle-ci avait pour objectif officieux de « diviser pour régner », mais les nationalistes y ont vu également, une attaque contre l'Islam et comme un « complot » devant permettre l'évangélisation du Maroc¹⁷⁵. Cette crainte est toutefois justifiée : « Les Marocains se déclarèrent surtout émus par ce numéro du Maroc catholique qui représentait une Saint-Augustin en costume berbère et par celui qui contenait une carte des églises déjà construites et des églises en projet ; ils y virent une espèce de carte stratégique dessinant les progrès de la nouvelle *reconquista* chrétienne. Or les jeunes politisés, qui depuis 1926 se réunissaient à Rabat autour de Ahmed Balafrej et à Fès autour

¹⁷² « Dahir du 17 hijra 1348 (16 mai 1930) réglant le fonctionnement de la justice dans les tribus de coutume berbère non pourvues de mahakmas pour l'application du Chrâa », *Bulletin officiel de l'Empire chérifien - Protectorat de la République française au Maroc*, n° 918, 30 mai 1930, p. 652.

¹⁷³ RIVET D., *Histoire du Maroc : De Moulay Idriss à Mohamed VI*, op. cit., p. 317.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ AGERON C-R., « La politique berbère du protectorat marocain de 1913 à 1934 », op. cit., p. 61.

d'Allal al Fâsi, avait constitué en 1927 une association unique dite Ligue marocaine et suivaient avec attention les efforts de ceux qui les appelaient « les évangélistes »...on comprends dès lors pourquoi, lorsque fut promulgué le 16 mai 1930 le fameux dahir berbère, les Jeunes Marocains, allaient le combattre essentiellement comme une tentative de conversion des Berbères au christianisme »¹⁷⁶. La résistance au dahir berbère sera relayée par la presse arabe. Une série de télégrammes adressée aux consulats et aux ambassades de France aux pays arabes, au gouvernement français et à la Société des Nations¹⁷⁷.

L'effervescence suscitée par le dahir berbère a conduit à un ralentissement de la justice berbère. L'application de l'article 6 du dahir en particulier a été réduite à un minimum de cas d'espèce afin de « ménager une opinion musulmane surexcitée »¹⁷⁸.

Quoiqu'il en soit, le 8 avril 1934, la résidence fait machine d'arrière. Le Résident général Ponsot propose un nouveau dahir, annulant celui de 1930. La seule nouveauté réside dans le rétablissement de la compétence du Haut Tribunal Chérifien en matière criminelle et la suppression des prérogatives des juridictions françaises en la matière.

Les tribunaux coutumiers sont maintenus, et sont compétents en matière civile et commerciale. Quant au pénal, le dahir du 8 avril 1934 réalise l'unité de juridiction dans tout l'empire chérifien. Les berbères, seront soumis à l'instar des Arabes à la même justice, à savoir, celle exercée par des *pachas* et des *caïds*.

Quatre-vingt-dix tribunaux d'instance et six tribunaux d'Appel ont été créés par arrêté viziriel du 15 septembre 1934 qui en a également fixé le siège, la composition et le ressort. Cet arrêté contient dans son article premier un tableau fixant par région le siège, le ressort et la composition des tribunaux coutumiers de première instance : il détermine ainsi les limites exactes de la zone dite de coutume berbère¹⁷⁹. À côté de leurs attributions juridictionnelles, ces tribunaux coutumiers avaient également des attributions notariales comme la rédaction des actes juridiques.

La promulgation du dahir de 1934 et des arrêtés viziriels l'appliquant n'ont pas pour autant apaisé les tensions. Le premier décembre 1934, un plan de réformes marocaines est présenté par « Le comité d'action marocaine » au Sultan, au Résident général et au président

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ LAFUENTE G., « Dossier marocain sur le dahir berbère de 1930 », *Revue de l'occident musulman et de la Méditerranée*, février 1948, vol 38, n° 1, p. 90.

¹⁷⁸ DAI, IMA/100/245, « Note confidentielle sur le dahir berbère du 16 mai 1930 », Le directeur des affaires indigènes, Rabat, le 1^{er} novembre 1933.

¹⁷⁹ PLANTEY A., *La réforme de la justice marocaine. La justice makhzen et la justice berbère*, op. cit., p. 219.

du conseil Pierre Laval. Ce plan inclut des réformes judiciaires. Les tribunaux de *chra'a* devraient être étendus à tout l'empire dans les matières civiles, pendant que les tribunaux *makhzen* jugeraient les matières pénales. Ces deux principales juridictions statueraient en conformité avec un Code marocain unique dont les fondements seraient le droit musulman, les dahirs en vigueur et la jurisprudence établie. Le principe de la séparation des pouvoirs exécutifs et judiciaires doit être proclamé et entouré des mesures le garantissant. Les tribunaux français, devenus franco-chérifiens, devraient être ramenés à leur rôle historique à savoir des tribunaux consulaires.

Effectivement, un Code pénal a été promulgué en 1953, mais les souhaits des nationalistes n'ont pas été exaucés. Les juridictions coutumières seront maintenues et ne seront abrogées qu'à l'indépendance du pays, par le dahir du 21 septembre 1957. À partir de cette date, les tribunaux coutumiers seront substitués par les juridictions des cadis et des juges délégués. Un dahir du 7 mars de la même année supprime la section pénale coutumière du Haut Tribunal Chérifien. Ces textes fondent le principe de l'unité juridictionnelle ; tous les Marocains musulmans relèvent des juridictions de l'État sans différence ethnique. Toutefois, les israélites demeurent assujettis aux juridictions rabbiniques.

B. La justice rabbinique : l'obsession de la stabilité jurisprudentielle

La justice rabbinique est organisée par deux dahirs du 22 mai 1918. Les juridictions israélites sont compétentes pour toutes les affaires concernant le statut personnel et successoral des juifs. Il n'y avait pas de différence selon l'origine ethnique, l'appartenance à la confession juive suffisait à elle seule à soumettre les parties, qu'elles soient arabes ou berbères aux tribunaux rabbiniques. La France a gardé le système existant (1), en apportant quelques modifications (2).

1. La justice israélite à la veille du Protectorat

En matière pénale, les israélites marocains ont toujours été soumis au régime du droit commun. Ils sont assujettis des juridictions caïdales et pachaliques. Néanmoins, la communauté israélite marocaine a toujours réglé ses litiges d'ordre religieux, à savoir les affaires de statut personnel et de statut successoral devant ses rabbins et d'après la loi mosaïque. Avec le temps, il était même admis que les litiges d'ordre civil et commercial soient également soumis aux juridictions rabbiniques, lorsque les parties en cause étaient exclusivement des israélites et quand les actes notariés présentés au tribunal sont rédigés en

langue hébraïque. En cas de conflit mixte et lorsqu'un juif intentait un procès contre un musulman, il devait saisir le *caïd* et quand un musulman intentait une action contre un israélite, il saisissait le grand rabbin sous le contrôle du conseil du *mallah*¹⁸⁰. Les conflits de compétences entre les tribunaux rabbiniques et les juridictions musulmanes étaient résolus par le *caïd*¹⁸¹.

Il existait dans certaines villes des tribunaux composés de trois rabbins juges, mais l'inexistence de règles précises d'attributions et de fonctionnement avait donné naissance à certains abus¹⁸². Aucune procédure régulière n'était suivie ; d'autre part, on constatait l'existence de très nombreux rabbins juges, qui siégeaient en vertu de leur seule autorité personnelle et dont les jugements n'acquerraient jamais l'autorité de la chose jugée, car ils étaient toujours susceptibles d'appel devant d'autres rabbins¹⁸³. Cette situation particulièrement confuse pour un esprit juridique français conduisit le colonisateur à légiférer en matière de justice israélite.

2. Les réformes entamées par la France

La réforme de la justice rabbinique a été entreprise par deux dahirs en date du 22 mai 1918, l'un réorganisant des tribunaux rabbiniques et du notariat israélite, l'autre institue un Haut Tribunal Rabbinique. Ces dahirs ont été complétés par la suite, notamment par ceux du 17 mai 1919 et 17 mars 1920.

Désormais, les juridictions rabbiniques de la zone française du Maroc comprennent des tribunaux rabbiniques de première instance et une juridiction de second degré, le Haut Tribunal Rabbinique, compétent pour statuer en appel contre les jugements de tous les tribunaux rabbiniques. Les décisions du Haut Tribunal Rabbinique ne sont susceptibles d'aucun recours.

Cette réforme a institué également des rabbins délégués dans les centres où il n'y a pas de tribunaux, aucun recours n'est possible contre leurs décisions. Ils siègent à leurs domiciles, tandis que les tribunaux rabbiniques et le Haut Tribunal Rabbinique tiennent leurs audiences dans des prétoires¹⁸⁴.

¹⁸⁰ WAKKACH N., *Les compétences de la cour suprême du Maroc*, op. cit., p. 18-19.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 18.

¹⁸² CAILLE J., *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, op. cit., p.108.

¹⁸³ *Ibid.*

¹⁸⁴ *Ibid.*

En 1940, a été créée une juridiction spéciale, le tribunal chargé de juger les litiges concernant l'exercice du droit de *serara*. Selon la définition du dahir du 4 mai 1940, le droit de *serara* est « le privilège d'exercer, par exclusivité, les fonctions de sacrificateur ou autres ». Parmi les autres fonctions, on peut signaler celles de rabbin-juge et celles qui consistent à présider aux enterrements, à lire l'acte de divorce, et à célébrer le mariage¹⁸⁵.

Concernant la compétence matérielle, le dahir du 12 août 1913 sur l'organisation judiciaire du protectorat français a réservé exclusivement aux tribunaux rabbiniques le règlement des contestations qui concernent le statut personnel et successoral. Les tribunaux rabbiniques connaissent donc des procès qui se rapportent aux mariages, aux divorces, à la minorité, à la tutelle, à la puissance paternelle, à l'adoption, à la validité d'un testament, aux donations, etc. Ils statuent également sur les questions relatives aux biens *heqdich* (les fondations pieuses israélites) et sur les questions qui concernent le fonctionnement et l'administration des synagogues.

Sur ces questions, leur compétence est exclusive. Cependant, conformément aux dispositions du dahir sur l'organisation judiciaire, si des contestations relatives au statut personnel et aux successions des israélites se produisent au cours d'un litige dont un tribunal français est saisi, ce tribunal peut les trancher, mais uniquement pour la solution de ce litige.

La question de la compétence matérielle des tribunaux rabbiniques n'est pas aussi claire. Ce qui est paradoxal c'est que, comme nous l'avons indiqué plus haut, les israélites ont toujours réglé leurs litiges devant leurs rabbins, mais les dahirs organiques de la justice rabbinique ont rétréci les compétences des juridictions rabbiniques. Elles ne doivent pas juger les affaires d'ordre civil ou commercial¹⁸⁶ et une circulaire du conseiller du gouvernement en date du 15 février 1938 a rappelé aux commissaires du gouvernement, aux contrôleurs civils et à l'inspecteur des institutions israélites que leur contrôle devait s'exercer attentivement sur ce point. Ainsi, si par exemple, sur une affaire de statut personnel ou successoral, régulièrement enrôlée par un tribunal rabbinique, se greffe subsidiairement un

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 109.

¹⁸⁶ DAI, 1MA/100/245. Il s'agit d'une remarque faite par le contrôleur civil, chef des services municipaux de la ville de Meknès, dans une lettre adressée à Monsieur le directeur des affaires chérifiennes à propos d'une lettre du Président du Tribunal Rabbinique du Fez envoyée au Rabbin délégué de Meknès. Cette lettre enjoignait de lire dans les synagogues le règlement des tribunaux rabbiniques. Ce règlement attirait notamment l'attention des israélites sur la compétence limitée qui était donnée à leurs tribunaux : « Je suis d'ailleurs entièrement d'accord avec le président du tribunal rabbinique sur l'utilité de faire comprendre aux israélites que leurs tribunaux ne sont que des tribunaux de statut personnel, et que les affaires immobilières ou commerciales doivent continuer à être soumise au Cadi et au Pacha. Ils ont, en effet, tendance, à soumettre toutes leurs affaires à leur Rabbin, ce qui finirait par créer un État dans l'État ».

litige d'ordre civil, commercial, ou pénal, ce tribunal doit, pour le règlement de la question subsidiaire, renvoyer les parties devant la juridiction compétente. La compétence personnelle des tribunaux rabbiniques concerne les litiges entre sujets israélites marocains de droit commun.

Les tribunaux rabbiniques respectent les mêmes règles de compétence territoriale que les tribunaux de *chra'a*. Par exemple, en matière successorale, le tribunal compétent est celui du domicile du défunt. Toutefois, il est admis que les litiges peuvent également être soumis au tribunal dans le ressort duquel sont situés les biens, objet de la succession, ou le tribunal dans le ressort duquel résident les héritiers¹⁸⁷. C'est la direction des affaires chérifiennes qui règle les questions de conflit de compétences territoriales entre deux tribunaux rabbiniques. Puisque c'est à cette institution qu'incombe le contrôle de la justice rabbinique, un commissaire du gouvernement assiste aux audiences.

L'article premier du traité instituant le protectorat prévoit la réorganisation non seulement des tribunaux indigènes, mais également l'instauration de tribunaux français.

Section 2. Créer et faire fonctionner un système judiciaire présenté comme « moderne »

Par le traité établissant le protectorat du 30 mars 1912, le colonisateur s'engage à introduire plusieurs réformes au Maroc, y compris la réorganisation de la justice. La France a édifié un système judiciaire dit « moderne » calqué sur celui de la métropole et supprime les juridictions consulaires qui existaient auparavant.

Dès le XVII^e siècle, le Maroc a conclu des traités internationaux avec la France, l'Espagne, l'Autriche, la Sardaigne, les deux Siciles et, enfin, avec les États-Unis d'Amérique¹⁸⁸. En établissant leurs consuls au Maroc, les gouvernements étrangers songeaient à lutter contre l'insécurité régnante en mer, du fait des actes de piraterie, et sur terre, du fait que la justice locale ne protégeait pas suffisamment leurs ressortissants ainsi

¹⁸⁷ WAKKACH N., *Les compétences de la cour suprême du Maroc*, op. cit., p. 20.

¹⁸⁸ « La France fut un des premiers pays à réclamer un tel avantage, en vertu du traité passé entre Louis XIII et le Sultan saâdien El-Oualid, en 1631. Par la suite, de nombreux accords intervinrent dans le même sens, notamment ceux conclus en 1767 avec la France et l'Espagne, en 1836 avec les États-Unis d'Amérique et en 1856 avec l'Angleterre. Ressortissants et protégés des puissances capitulaires ne pouvaient être traduits devant un autre tribunal que celui de leur consul, sauf en ce qui concerne les litiges immobiliers, toujours soumis au *cadi* » (CAILLE J., *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, op. cit., p. 122).

que leurs biens¹⁸⁹. Dès qu'un ressortissant étranger devient parti à un litige que ce soit de nature civile ou pénale, c'est le consul de son pays d'origine qui est alors le juge compétent.

Alors que l'Allemagne s'opposait à toute immixtion de la France au Maroc¹⁹⁰, l'État français réagit et conclut un accord avec l'Allemagne, le 4 novembre 1911, assurant à la France la suprématie au Maroc en échange de concessions territoriales au Congo¹⁹¹. Par cet accord, la France s'engage également à maintenir le régime des capitulations jusqu'au jour où il serait remplacé par un système judiciaire « moderne », inspiré de celui des grandes puissances internationales.

L'administration du protectorat s'emploie, d'emblée, à préparer les textes fondamentaux de la justice française au Maroc. Sur instructions de Lyautey, le procureur de la République Landry, du tribunal d'Oran, élabore des avant-projets d'organisation judiciaire et rédige un certain nombre de textes, en s'inspirant d'autres expériences coloniales, notamment algérienne et tunisienne¹⁹². Dès le 19 mars 1913, le Résident général Lyautey adresse au ministre des Affaires étrangères le travail de son conseiller judiciaire et demande la constitution d'une commission afin de préparer la réorganisation projetée¹⁹³. Cette commission créée dans un laps de temps très réduit se compose de diplomates, de jurisconsultes et de magistrats, sous la présidence de Louis Renault¹⁹⁴. En se fondant sur les travaux du procureur Landry, elle rédige en quelques mois neuf dahirs¹⁹⁵, dont celui relatif à l'organisation judiciaire du protectorat français au Maroc¹⁹⁶.

Ainsi, au Maroc, sous le protectorat français, coexistaient deux systèmes judiciaires ; la France a maintenu le système judiciaire existant, et a créé de toute pièce un édifice

¹⁸⁹ GERMOUNI M., *Le protectorat français au Maroc : un nouveau regard*, Paris, Harmattan, 1995, p. 52.

¹⁹⁰ « En avril 1911, les troupes françaises étant rentrés à Fez pour débloquent le Sultan Moulay Hafid et les Européens assiégés par les tribus rebelles berbères, l'Allemagne qui observait avec vigilance ces manœuvres envoya aussitôt un navire de guerre « Panther » à Agadir pour protéger ses intérêts économiques dans le Sous et faire pression sur la France » (LAHNITE A., *La politique berbère du protectorat français au Maroc, 1912-1956: les conditions d'établissement du Traité de Fez*, Tome 1, Paris, Harmattan, 2011, p. 76).

¹⁹¹ Cf. ZIMERMANN M., « L'accord franco-allemand du 4 novembre 1911 au sujet du Maroc et du Congo », *Annales de Géographie*, Volume 21, 116, 1912, p. 185.

¹⁹² BERGE S., *la justice française au Maroc*, Paris, Maison Ernest Leroux, 1917, p. 1.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ Membre de l'Institut, Professeur de droit international à la faculté de droit de l'Université de Paris et à l'école libre des sciences politiques.

¹⁹⁵ Il s'agit en particulier du dahir relatif à l'organisation judiciaire, de celui sur la procédure criminelle, de celui réglementant les perceptions en matière civile, administrative, criminelle et notariale, de celui sur l'assistance judiciaire, de celui sur la condition civile des Français et des étrangers, de celui formant Code des obligations et contrats, de celui formant Code de commerce, et enfin de celui sur l'immatriculation des immeubles.

¹⁹⁶ *B.O.* n° 46, 12 septembre 1913, p. 182 et s.

judiciaire « moderne » proche de celui de la métropole (§1), accentuant ainsi le problème des conflits de juridictions qui existait déjà auparavant (§2).

§1. L'institution de la justice française au Maroc

Au Maroc précolonial, il existait certes, un système judiciaire local, mais il était désorganisé et souffrait de lacunes multiples. Les colonisateurs vont, tout en conservant les grandes lignes, le réformer quelque peu. Parallèlement, la France abroge le régime des capitulations et instaure sa propre organisation, essentiellement destinée aux citoyens français, aux étrangers et aux Marocains protégés.

Dès l'adoption du dahir d'août 1913, les juristes coloniaux ont glorifié ce travail de réorganisation judiciaire, en particulier l'institution d'un système judiciaire français. Les Marocains auraient bénéficié, d'après Jacques Caillé, des autres expériences coloniales. Des propositions pour la réussite pratique de cette réforme ont été préconisées. Ainsi Stéphane Berge affirme : « Nous savons qu'une des conditions nécessaires du succès de cette entreprise est le recrutement de magistrats exceptionnellement bien doués comme capacité et instruction professionnelle, de même que l'aptitude au travail, nous n'ignorons pas qu'il nous faut aussi un personnel de secrétariat instruit, pourvu d'une grande expérience des affaires et assez zélé et dévoué pour ne pas se laisser rebuter par les difficultés du milieu »¹⁹⁷. Il propose également de créer un barreau et d'introduire l'assistance juridique. Cette assistance est accordée aux justiciables, qui n'ont pas assez de ressources¹⁹⁸.

L'institution par la France d'un système judiciaire unique au Maroc (B) va notamment mettre fin au régime des capitulations et à ses juridictions multiples (A).

A. Du régime des capitulations...

Au Maroc précolonial, les étrangers relevaient des juridictions consulaires. De même, les Marocains protégés d'une puissance étrangère ne relevaient pas des juridictions indigènes mais du tribunal consulaire de la nation dont ils dépendaient.

La justice consulaire résulte du régime des capitulations. Le mot « capitulation » désigne « les traités par lesquels les puissances européennes ont obtenu des pouvoirs locaux

¹⁹⁷BERGE S., « La justice française au Maroc », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de la législation et de la jurisprudence*, 1916, p. 41.

¹⁹⁸ *Ibid.*

certaines concessions de souveraineté, qui leur ont permis de soustraire leurs nationaux à la juridiction chérifienne et d'instituer pour elle-même des tribunaux devant lesquels ces nationaux pouvaient être exclusivement obligés de comparaître »¹⁹⁹.

Ce privilège de juridiction bénéficiait aux nationaux de l'État signataire du traité, ainsi qu'à ses protégés indigènes. Il existait trois catégories de protégés : les protégés politiques ou « consuetudinaires », les protégés diplomatiques et consulaires et les protégés commerciaux ou « censaux »²⁰⁰.

Si le défendeur était Marocain, le plaignant devait saisir les juridictions marocaines. Si, en revanche, le défendeur était étranger, la juridiction compétente était le tribunal consulaire du défendeur. Abstraction faite des litiges immobiliers, qui étaient toujours soumis au *cadi*.

Les tribunaux consulaires ont été maintenus jusqu'à leur remplacement par un régime judiciaire inspiré par les systèmes européens.

B. ...à sa substitution par un système judiciaire unique

C'est le dahir sur l'organisation judiciaire du 12 août 1913 qui recense les tribunaux qui assureront l'exercice de la justice française et précise le ressort de leurs compétences. Le système judiciaire ainsi institué est semblable en grande partie à celui instauré en Tunisie. La construction d'un tel système est saluée par la majorité des juristes coloniaux comme Stéphane Berge, Louis Renault ou Jacques Caillé. Ce dernier affirme, dans son ouvrage *Organisation judiciaire et procédures marocaines* en 1948, que « l'organisation de la justice française au Maroc se caractérise par sa souplesse indispensable dans un pays comme le Maroc et par le but de grande simplification dans lequel elle a été conçue de manière à sauvegarder les intérêts et la sécurité des Français et des européens sans porter atteinte aux droits légitimes des Marocains »²⁰¹. Ce dahir a toutefois supprimé les juridictions consulaires existantes à l'exception de celles des États-Unis d'Amérique.

La *praxis* judiciaire conserve la même hiérarchie qu'en Métropole. Le dahir sur l'organisation judiciaire crée une cour d'appel, deux tribunaux de première instance et cinq tribunaux de paix. Au pénal, il existe les tribunaux de police, les tribunaux correctionnels,

¹⁹⁹ BERGE S., *la justice française au Maroc*, Paris, Maison Ernest Leroux, 1917, p. 149.

²⁰⁰ Cf. CAILLE J., *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, *op. cit.*, p. 127.

²⁰¹ *Ibid.*, p. 148.

les tribunaux pour enfants et les tribunaux criminels. Ces juridictions françaises sont composées de magistrats français et le pourvoi est possible devant la Cour de cassation à Paris.

Les tribunaux français ont une compétence plus large que celle des autres types de juridictions indigènes. Sa compétence matérielle s'étend à tous les litiges (civil, immobilier, commercial, pénal et même administratif) et sa compétence personnelle comprend tous les conflits où l'une des parties est française, ressortissante française ou étrangère dont le pays a renoncé aux capitulations ou n'en a jamais eu le bénéfice.

Sont au Maroc, Français ou ressortissants français, les nationaux français, les sujets français originaires des colonies françaises, les nationaux des pays placés sous la protection ou sous le mandat de la France, tels les Tunisiens, les Marocains protégés français avant le protectorat et les soldats de l'armée française y compris les Marocains de droit commun et les légionnaires de nationalité américaine²⁰².

De même, les juridictions françaises sont compétentes pour les conflits entre Marocains de droit commun lorsqu'il s'agit de procès relatifs à des immeubles immatriculés, ou ayant fait l'objet d'une réquisition d'immatriculation.

La compétence territoriale des juridictions françaises dépend de la nature du litige. En matière civile, l'article 23 du dahir de procédure civile dispose : « La compétence territoriale appartient au tribunal du domicile du défendeur ou, à défaut de domicile, au tribunal de la résidence du défendeur »²⁰³. Au pénal, la juridiction compétente est celle du lieu où les faits ont été commis ou le lieu où l'arrestation a été opérée, à défaut celui du domicile de l'auteur de l'infraction.

La coexistence de deux ordres de juridictions soulève des problèmes épineux concernant le partage des compétences et le règlement des conflits de juridictions. Ces problèmes furent partiellement réglés par le dahir du 11 septembre 1928.

²⁰² *Ibid.*, p. 199.

²⁰³ « Dahir sur la procédure civile », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de la législation et de la jurisprudence*, 1914, p. 95 et s.

§2- Le partage des compétences et le règlement des conflits de juridictions

Comme il existait de multitudes d'ordres juridictionnels appliquant des lois et des coutumes différentes, il est inévitable que des problèmes de conflits de compétences entre juridictions se posent. Comme sous le Maroc précolonial, le facteur déterminant pour un partage de compétence est celui de la nationalité ou plus exactement de la qualité des parties au procès.

L'existence de deux souverainetés simultanées (marocaine et française) sur le même territoire a fait que le partage des compétences de juridiction ne peut être territorial. Il est personnel et matériel. C'est la qualité des parties (protégés, Marocains, Français, étrangers) qui détermine la juridiction compétente. En principe, les Français ou ressortissants français relèvent des juridictions françaises tandis que les Marocains relèvent des juridictions marocaines.

Cependant, les juridictions françaises ont une plénitude de compétence quand, il s'agit de litiges mixtes impliquant des ressortissants français. Dans ce cas, la règle *actor sequitur forum rei*, signifiant que c'est le demandeur qui doit porter son action devant le tribunal du défendeur, n'est pas applicable. C'est un principe qui découle de la supériorité politique de la juridiction française.

À côté de cette répartition des compétences selon la qualité des parties, l'objet du litige peut constituer également un indice de répartition de compétence de juridiction. Le législateur a fixé la compétence respective des juridictions françaises et des juridictions marocaines (A). Les conflits qui peuvent naître entre les deux ordres de juridictions seront réglés par le dahir du 11 septembre 1928, qui a consacré la prééminence des juridictions françaises (B).

A. Le principe de répartition des compétences judiciaires au Maroc et ses exceptions

Même avant la colonisation, le principe de la répartition *rationae nationalitatis* était bien appliqué devant les juridictions consulaires. Cependant, en cas de litige mixte, c'est la règle *actor sequitur forum rei*, qui s'impose. Le demandeur doit saisir les tribunaux

chérifiens lorsque le défendeur est Marocain ou le tribunal consulaire du défendeur quand celui-ci est étranger.

Il faudra toutefois noter que les litiges immobiliers relevaient des tribunaux chérifiens quelle que soit la nationalité ou la qualité des parties en cause. Ces juridictions sont également compétentes pour les litiges concernant le statut personnel des sujets marocains protégés étrangers. Un tribunal composé des consuls de différents pays statuait sur les affaires civiles ou pénales lorsque les parties au litige appartenaient à des nationalités différentes.

En 1912, date de l'établissement du protectorat français au Maroc, le principe de la répartition des compétences entre les ordres de juridictions fondé sur la qualité des parties demeure toujours applicable. Que ce soit devant les juridictions françaises, marocaines, ou le tribunal consulaire des États-Unis d'Amérique, le critère déterminant est la qualité des parties. À chaque ordre juridictionnel correspond un groupe de personnes qui constitue l'ensemble des « ressortissants naturels »²⁰⁴ de l'ordre de juridiction envisagé.

Même si cette conception de ressortissant naturel est bien claire, des difficultés peuvent surgir concernant la répartition exacte dans chacun de ces trois groupes de justiciables les différentes personnes physiques ou morales que l'on rencontre au Maroc²⁰⁵. Ici on recourt au facteur « nationalité » et on pose comme principe que la compétence des juridictions marocaines est négative puisque seuls les sujets marocains relèvent des tribunaux chérifiens, tous les non-Marocains français et étrangers seront donc en principe à classer parmi les ressortissants naturels des juridictions françaises. À l'exception des citoyens des États-Unis d'Amérique qui continuaient à relever de leurs juridictions consulaires²⁰⁶. À part la nationalité, d'autres qualités inhérentes à l'individu peuvent être prises en compte comme l'état de protégé ou celui de militaire²⁰⁷.

Il existe une exception au principe de ressortissants naturels. Elle concerne les conflits relatifs aux immeubles immatriculés ou en cours d'immatriculation. Les juridictions françaises ont une compétence exclusive en la matière, sans tenir en compte de la qualité des parties.

²⁰⁴Expression utilisée par de nombreux auteurs et dans de nombreuses décisions de justice, mais ne figurant dans aucun texte législatif.

²⁰⁵ BRUNO C., *Partage de compétence et conflits de juridictions au Maroc*, *op. cit.*, p. 104.

²⁰⁶ *Ibid.*

²⁰⁷ *Ibid.* p. 105.

Par souci d'assurer la sécurité de la propriété immobilière aux colons, la France a introduit au Maroc le régime de l'immatriculation. C'est une procédure mi-administrative, mi-judiciaire, qui aboutit à conférer à l'immeuble un statut irrévocable et définitif. Une fois immatriculé, l'immeuble est soumis à une législation spéciale, édictée par dahirs, notamment ceux du 12 août 1913, sur l'immatriculation des immeubles²⁰⁸ et du 2 juin 1915²⁰⁹, où la publicité au titre foncier joue le principal rôle. L'immeuble immatriculé purge tous les droits existants. Il faudra toutefois noter que le droit foncier local peut être également applicable, mais uniquement si ses dispositions ne sont pas contraires à celle des dahirs cités au-dessus.

Ce changement de législation entraîne également un changement de l'ordre juridictionnel compétent. En matière d'immeuble immatriculé, c'est le tribunal français qui est compétent. Ainsi, l'article 3 du dahir du 12 août 1913 sur l'immatriculation dispose : « les immeubles immatriculés ressortissent exclusivement et d'une manière définitive à la juridiction des tribunaux établis en vertu de notre dahir du 9 ramadan 1331 (12 août 1913) ». Les autorités du protectorat voulaient, semble-t-il, par l'extension du champ de compétence des tribunaux français, aux immeubles immatriculés ou en cours d'immatriculation, encourager sa politique de colonisation agraire et augmenter sa réserve foncière, étant donné que la colonisation politique passait, dans ce cas, par la colonisation agraire²¹⁰.

Les tribunaux français, outre leur compétence personnelle et matérielle étendue, bénéficiaient de la capacité exclusive en matière de règlement de conflit de compétences entre juridictions.

B. Le règlement de conflits de compétences par les juridictions françaises

« Le principe de la prééminence de l'ordre de juridictions français sur l'ordre de juridictions marocain découle en droite ligne de la règle générale de la primauté de la nation protectrice sur le pays protégé »²¹¹. En effet, la règle posée par le dahir du 12 décembre 1928 est la suivante : en cas de conflit de juridictions, c'est la juridiction française saisie qui décide soit de sa propre compétence, soit de celle de la juridiction marocaine²¹².

²⁰⁸ B.O. n° 46, 12 septembre 1913, p. 206.

²⁰⁹ B.O. n° 137, 7 juin 1915, p. 319.

²¹⁰ Cf. GERMOUNI M., *Le protectorat français au Maroc : un nouveau regard*, op. cit., p. 134-138.

²¹¹ BRUNO C., *Partage de compétence et conflits de juridictions au Maroc*, op. cit., p. 349.

²¹² *Ibid.*, p. 371.

Si l'affaire est en cours devant un juge marocain ou même a déjà été tranchée devant lui, mais que l'un des plaideurs la porte devant le tribunal français, celui-ci en se déclarant compétent dessaisit immédiatement le tribunal marocain, et le cas échéant rend nulles et de nul effet les décisions déjà prises par lui²¹³. En revanche, si la juridiction française se déclare incompétente, le tribunal marocain doit obligatoirement statuer au fond même s'il a déjà rendu une décision d'incompétence. La décision de règlement du conflit par la juridiction française peut intervenir à tout moment de la procédure²¹⁴.

Si nous analysons la jurisprudence de la période coloniale, nous percevons que la question des conflits de juridictions était abondante, surtout en matière de statut personnel. Un jugement du tribunal de paix de Casablanca pose le principe que les tribunaux français ne sont compétents que si un ressortissant français est en cours et qu'il a un intérêt sérieux au litige²¹⁵. En revanche, dans un cas concernant l'héritage de l'enfant d'un israélite marocain et d'une israélite algérienne, la Cour de cassation a déclaré que l'affaire relevait des juridictions marocaines en s'appuyant sur les liens de sang qui le rattachaient au chef de famille. La juridiction française était donc incompétente pour connaître le règlement de la succession d'un israélite marocain alors même qu'une Française y était intéressée²¹⁶.

Dans une autre affaire concernant la succession d'un musulman sujet français, le tribunal de grande instance d'Oujda déclara que le *cadi* est compétent pour effectuer l'inventaire de la succession, mais qu'il ne saurait payer les dettes de la succession, le juge compétent étant le juge français²¹⁷.

²¹³ *Ibid.*

²¹⁴ *Ibid.*, p. 371-372.

²¹⁵ Tribunal de Paix de Casablanca, 2 octobre 1924, *RA*, Tome XLII, 1926, p. 31.

²¹⁶ CCass., 31 janvier 1938, *RM*, n° 8, 1937-1938, p. 58.

²¹⁷ CADN, DI, 1MA/ 200/725, Tribunal de première instance d'Oujda, audience du 30 juin 1937.

Conclusion

À l'instauration du protectorat français au Maroc, le pays connaissait un système judiciaire confessionnel structuré différemment. Les musulmans arabes relevaient des juridictions de *chra'a*, alors que les israélites réglait leurs litiges devant les tribunaux rabbiniques. Les Berbères, quant à eux, étaient assujettis soit de leurs *jma'as* ou d'un arbitre choisi par commun d'accord. La France a sauvé ce système existant tout en le rapprochant de ce qu'elle considérait être une « bonne justice ». Elle l'a également modifié et infiltré.

En effet, la justice du *chra'a* fut maintenue entre les mains des cadis tout en améliorant leur recrutement²¹⁸, en délimitant leurs compétences territoriales et en créant une juridiction de second degré : le tribunal d'appel du *Chra'a*.

Le pouvoir discrétionnaire des agents de la justice *makhzen*, *caïds* et *pachas*, est contrebalancé par le contrôle exercé par les autorités françaises ainsi que par la création d'une instance d'appel en 1918 : le Haut Tribunal Chérifien. Puis, progressivement, les gouverneurs ont vu leurs attributions juridictionnelles abolies par quatre dahirs du 24 octobre 1953 qui créent des tribunaux de première instance et des tribunaux régionaux et instituent en leurs seins des magistrats professionnels.

La justice coutumière fut maintenue, puis institutionnalisée tout en étant-elle aussi modifiée et infiltrée. Après plusieurs tentatives de réforme de la justice berbère par le biais de circulaires, les autorités du protectorat réussissaient à imposer au sultan sidi Mohamed la signature du dahir berbère du 16 mai 1930. Ce dahir créait des tribunaux coutumiers de première instance et d'appel, et une section coutumière au Haut Tribunal Chérifien. Les juges étaient des membres de la *jma'a* et un officier français fait fonction de commissaire du gouvernement. Les autorités du protectorat ont aussi transformé la justice berbère au point d'étendre la compétence des tribunaux français en matière de crime commis en pays berbère. Le dahir de 1930, cristallisant la première opposition nationaliste à la politique française au Maroc, a provoqué un tollé de protestation obligeant les autorités coloniales à faire machine arrière avec le dahir de 1934. En matière de justice rabbinique, les autorités du protectorat ont créé des tribunaux rabbiniques et un Haut Tribunal Rabbinique.

²¹⁸ Recrutés depuis 1937 par voie de concours.

À côté de ces tribunaux chérifiens, la France a dû organiser un système judiciaire dit « moderne » (très inspiré de celui de la France métropolitaine) pour les Français et les étrangers vivants sur le sol du protectorat. Le critère retenu était la qualité des parties, sauf pour les immeubles immatriculés ou encours d'immatriculation qui relevaient exclusivement des juridictions françaises. Les raisons de cette extension des compétences peuvent s'expliquer par la volonté du colonisateur de contrôler le système foncier et d'accélérer la colonisation agraire. En cas de conflit de compétence entre un tribunal français et une juridiction indigène, c'était au tribunal français de régler ce litige de compétence en vertu de la règle générale de la primauté de la nation protectrice sur le pays protégé.

En parallèle, la France a fait en sorte d'agir sur le fond du droit. Ainsi, plusieurs codes ont été introduits au Maroc par le biais de dahirs à l'instar du Code des obligations²¹⁹ et des contrats ou du Code de commerce, etc. En matière de statut personnel, les colonisateurs se sont présentés comme étant les partisans d'un respect total des droits locaux applicables. Mais qu'en est-il ? N'ont-ils pas, comme pour l'organisation de la justice au Maroc, infiltré et modifié de l'intérieur les normes appliquées avant l'arrivée des Français ?

²¹⁹ Le Code des obligations, toutefois, a été inspiré du Code tunisien, qui comportait un important travail de réappropriation des sources musulmanes, réalisé par David Santillana. Sur le travail de Santillana, cf. RENUCCI F., « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », *Faiseurs de droits, les juristes internationalistes, une approche globale, Revue Monde(s), histoire, espace, relations*, numéro dirigé par KEVONIAN D. et RYGIEL P., mai 2015, pp. 25- 44. Sur le transfert du Code vers le Maroc et dans d'autres pays, cf. STIGALL Dan E. *The Santillana Codes : The Civil Codes of Tunisia, Morocco, and Mauritania*. Lanham, MD: Lexington Books, 2017.

TITRE I – NATURE ET RESPECT DES DROITS LOCAUX APPLICABLES EN MATIÈRE DE STATUTS PERSONNELS

À l'instauration du protectorat français au Maroc, les Sultans ne légifèrent que dans des domaines très limités sous forme d'actes de volonté souveraine et jamais en matière de statut personnel. Les adaptations nécessaires et la connaissance du droit positif étaient l'œuvre de docteurs de la loi religieuse, à travers des réponses juridiques (des *fatwas*) et jamais sous forme de codes structurés²²⁰. Les Marocains étaient soumis à un régime juridique confessionnel. Dans les grandes villes et les campagnes environnantes prévalait le rite malékite, les tribus berbères perpétuaient leurs coutumes et leurs entités judiciaires et sociales. Au sein de certaines villes ou villages, les minorités juives étaient regroupées généralement en *mallah* et bénéficiaient-elles aussi, d'un statut particulier, d'inspiration religieuse.

Qu'en est-il de la situation de la femme marocaine à cette époque ? Culturellement et traditionnellement soumise, sa naissance est un mauvais augure pour la famille. La femme marocaine de la période précoloniale recevait une éducation traditionnelle, axée sur l'apprentissage des tâches ménagères, préparant ainsi l'enfant à devenir une épouse modèle.

À la mise en place du protectorat le 30 mars 1912, et alors que l'enfermement des femmes marocaines est décrit et dénoncé²²¹, aucune tentative n'est amorcée par la France dans le but de faire évoluer le droit de la famille au Maroc. Ainsi, dans la suite d'une politique plus générale du colonisateur visant avant tout la mise en valeur coloniale du Maroc et le maintien de l'ordre, les personnalités ayant succédé à la tête de la résidence générale ont choisi de ne pas s'approcher du droit du statut personnel.

Le questionnement de cette partie s'oriente donc autour des règles relatives au statut de la femme durant la période coloniale. Peut-on parler de protection des droits de ces dernières ? Existe-t-il des régimes dérogatoires pour certaines ? La présence française a-t-elle concouru à changer la donne ? Afin de répondre à ces interrogations, nous aborderons les droits locaux applicables en matière de statut personnel (chapitre 1) pour ensuite évoquer le statu *quo* entretenu par la France dans ce domaine (chapitre 2).

²²⁰ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 687.

²²¹ Cf. DIALMY A., *Féminisme, islamisme et soufisme*, Paris, Edition publisud, 1997, p. 113-130.

CHAPITRE I - PANORAMA DES DROITS LOCAUX (droit musulman, coutumes berbères, droit hébraïque)

À l'époque coloniale, les Marocains étaient soumis à un régime juridique confessionnel, la condition de la femme était fluctuante et différait d'une tribu à l'autre, et cela, en fonction du droit local applicable. En principe, le droit musulman appelé *chra'a*, triomphe sur les villes et les campagnes « arabes », tandis que les coutumes berbères sont fluctuantes et s'appliquent en général dans les zones montagnardes. Néanmoins, les frontières entre pays de droit musulman et pays de coutume ne sont pas très claires. Il arrive que le *chra'a* influence les coutumes en pays de coutume, ou, à l'inverse, la coutume réagit sur le *fikh* en pays de droit musulman. La communauté juive est rassemblée en général dans des *mallahs*, et applique le droit hébraïque marocain qui combine les lois des autochtones et celles des exilés de l'Espagne.

De ce qui précède, nous pouvons considérer le droit musulman, et plus particulièrement, le dogme malékite, comme étant « le droit commun » applicable au Maroc de l'époque coloniale (section 1), les tribus berbères et la communauté israélite bénéficient quant à eux de régimes dérogatoires de droit commun (section 2).

Section 1- Le dogme malékite, « droit commun » applicable au Maroc

Pendant la période abbasside, de nombreux débats sur des aspects juridiques de l'Islam voient le jour. Quatre écoles juridiques, avec des divergences, émergent à cette époque. Rite, école, doctrine ou système juridiques, la sémantique est ici riche pour évoquer ce que l'on nomme en arabe *Madhahib*. Le *Madhab* malékite, le *Madhab hanbalite*, le *Madhab hanafite* et le *Madhab chafi'it* sont donc les quatre courants doctrinaux de l'Islam sunnite. Chaque école possède son interprétation particulière du Coran et des *Hadith* (dires et actes du Prophète Mohammad).

En effet, au Maghreb et en Afrique occidentale, le malékisme s'est toujours imposé comme la tradition juridique de référence²²². La spécificité du rite malékite réside dans la place prépondérante accordée à la coutume médinoise, érigée ainsi en source de droit. Les autres sources privilégiées du rite malékite sont le Coran, la Sunna et l'*Ijmaa* (consensus des juristes). Ainsi, les juristes malékites sont des conservateurs qui accordent plus du poids à la

²²² NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, Thèse, Sciences politiques, Bordeaux, 2012, p. 133.

tradition et récusent toute analyse juridique fondée sur la raison²²³. L'école hanafite quant à elle reconnaît la place de la raison, le chafiisme étant considéré comme une voie mitoyenne entre les deux, tandis que le hanbalisme se caractérise par un traditionalisme très rigoureux²²⁴.

Pierre angulaire de la culture religieuse marocaine, le rite malékite est adopté par la plupart des dynasties qui ont gouverné le Maroc²²⁵. À l'exclusion de la période des Almohades, le malékisme est considéré comme la doctrine officielle du Maroc, depuis Idriss II. Qu'en est-il de cette école et de son dogme (§1) ? Quel statut réserve-t-elle à la femme au Maroc de l'époque coloniale (§2) ?

§1- Le droit malékite : prépondérance de la coutume

Comme le reste des écoles sunnites, l'école malékite fonde ses sources essentiellement sur le Coran et la *Sunna* (tradition prophétique). Mais son originalité réside dans le fait qu'elle se base également sur le consensus des savants de Médine ainsi que sur leurs jugements individuels. Aussi, la doctrine malékite réserve une place déterminante à la coutume et aux usages locaux. Ce dernier point est le témoin de l'étendue de son ancrage, du Maghreb à l'Afrique subsaharienne.

Le droit malékite n'a fait l'objet d'aucune codification. Il se trouve éparpillé dans plusieurs ouvrages, classés en trois catégories selon Zeys et Surdon²²⁶ :

1. Traités doctrinaux : les plus connus sont le *Moukhtasar* de Khalil, la *Tohfa* d'Ibn Acem, la *Risala* d'Ibn Abi Zayd Al Qayrawani.
2. Les traités de consultations juridiques : les modèles sont le *Myaiar* d'El Ouancharissi, ou le *Myaiar djadid* de el Wazzani.
3. Les traités de jurisprudence : la *Tabsira* d'Iben Farhoun, les *Ahkam* d'Iben Salamoun, La *Lamya* d'Ezzakkak. Le traité de jurisprudence le plus connu au Maroc est *Amal el Fassi* de Abderrahman El fassi, commenté par Sijilmasi et par el Wazzani.

²²³ *Ibid.*

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ À l'époque des Almohades, le pouvoir central a essayé d'imposer un autre rite : le Dahirite. Pour éliminer le recours au rite malékite, le *khalif* Abdelmoumen a brûlé tous les ouvrages de cette doctrine. Cf. ELJIRARI A., *Wahdat almaghrib almadhabiya khilala attarikh*, Casablanca, Maison de la culture, t 1, 1976, p. 19.

²²⁶ SURDON et ZEYS P., « Les juridictions chérifiennes : Charaa, maghzen, coutumières, israélites », *Revue marocaine de législation, Doctrine, jurisprudence chérifiennes : droit musulman, coutumes berbères, lois israélites*, n° 1, 1935, p. 3.

L'étude de la pensée de l'école malékite nous amène à réfléchir sur les circonstances de sa naissance et de son implantation au Maroc (A), ainsi que sur la place accordée à la coutume dans les sources du droit (B), et à la jurisprudence locale (C).

A. Le malékisme et sa consolidation au Maghreb

L'école malékite est née à Médine, et s'est répandue par la suite dans d'autres contrées, pour arriver jusqu'au Maghreb. Afin de comprendre le processus d'instauration du malékisme au Maghreb, et plus spécifiquement au Maroc, il faudra remonter le temps, et retracer la naissance de l'école malékite (1) et les facteurs contribuant à son implantation (2), ainsi que les pionniers du Malékisme au Maghreb (3).

1- L'avènement de l'école malékite

Malek Ibn Anas, le fondateur du rite malékite est né en 93 et mort en 179 après l'hégire (714-796 apr. J.-C.), à Médine, où il exerçait les fonctions de juge et d'enseignant²²⁷. Il se distinguait par son amour de la science et par son haut potentiel intellectuel. Il compose le *Mowattae*²²⁸ sur l'initiative du *khalif* Abu Jaafar. Son nom, « le sentier aplani », lui a été attribué à la suite d'un rêve durant lequel le prophète Mohammad lui est apparu et lui aurait dit : « Tu as aplani la religion »²²⁹.

Malek se vantait de ne jamais avoir quitté Médine²³⁰, il n'est donc pas étonnant que l'école qui porte son nom soit imprégnée de la culture du hadith (la tradition prophétique)²³¹. Le *Mowattae* se base sur deux sources : les hadiths et les décisions ou consultations des prédécesseurs du prophète. Dans son œuvre, les hadiths et les usages forment un ensemble homogène consigné simultanément. Les usages en vigueur de son temps à Médine avaient été empruntés aux générations précédentes, témoins oculaires des actes du prophète²³². Ces usages faisaient en quelques sortes partie de la tradition et constituaient donc une source de droit. Ainsi, les usages de Médine présents au temps du prophète sont obligatoires chez

²²⁷ MORAND M., « Le droit musulman algérien (le rite malékite) ses origines », *RA*, 1913, p. 205.

²²⁸ Qui constitue le premier recueil de *hadith* et de *fiqh* à avoir été composé. Cf. ABOU ZAHRA M., *L'Imam Mâlik : sa vie et son époque : ses opinions et son fiqh*, traduction de Michel Galloux, Paris, Edition Al Qalam, 2007, p. 198.

²²⁹ MORAND M., « Le droit musulman algérien (le rite malékite) ses origines », *op.cit.* p. 205.

²³⁰ Sa destination la plus lointaine aurait été la Mecque où il allait pour le petit et le grand pèlerinage. Cf. ABOU ZAHRA M., *L'Imam Mâlik : sa vie et son époque : ses opinions et son fiqh*, *op. cit.*, p. 114.

²³¹ Toutefois, le nombre des hadiths dans le *Mowattae* est peu considérable, il est environ 300.

²³² MORAND M., « Le droit musulman algérien (le rite malékite) ses origines », *op. cit.*, p. 205.

Malek. L'esprit local chez lui se manifeste également par son recours au consensus (*Ijmaa*) des seuls théologiens de sa ville sainte.

La doctrine de Malek sera répandue par l'un de ses élèves Ibn el Kacem (né en 132/719 et mort au Caire en 191/806), dans sa *Moudawana*, un genre de "digeste" où sont exposées les solutions du maître et du disciple par ordre de matière, mais avec des divergences. Notons, en effet, que les opinions d'Ibn el Kacem ne concordent pas toujours avec celles de son maître, à tel point que l'on a opposé parfois l'école d'Ibn el Kacem à celle de Malek²³³. La notoriété de son livre va tellement dépasser celle du *Mouwattae*, qu'au moment de l'implantation du Malékisme dans l'ouest musulman, les docteurs de la loi recouraient plus à la *Moudawana* d'Ibn el Kacem plutôt qu'à l'œuvre du maître²³⁴.

Ibn el Kacem vivait chez Malek à Médine. Ce n'est qu'à la mort de ce dernier, qu'Ibn el Kacem retourne en Égypte jusqu'à sa mort. Ces deux érudits n'ont jamais vécu au Maghreb, alors pourquoi les Maghrébins ont-ils opté pour le rite malékite ? Et comment le rite malékite est-il parvenu à l'emporter sur tout autre rite ?

2- Les facteurs de la consolidation du malékisme au Maghreb

La répartition des écoles à travers le monde musulman n'a pas d'explication dans une quelconque valeur de leurs méthodes, elle tient plutôt à des circonstances historico-géographiques imprévues ainsi qu'à des choix politiques²³⁵. Le facteur politique est déterminant. En effet, l'hostilité des Ommeyyades (qui gouvernaient l'Espagne Andalouse) à « leurs usurpateurs », les démêlés de Malek avec les Abbassides sont toutes des raisons politiques expliquant la consolidation du malékisme en Andalousie.

Généralement, Ibn Khaldoun dans ses *Prolégomènes* renvoie l'affermissement du malékisme en occident musulman à deux facteurs primordiaux : l'un géographique et l'autre sociologique.

La consolidation du malékisme au Maghreb s'est faite grâce aux voyages vers la Mecque entrepris par les étudiants andalous et maghrébins, que ce soit pour le pèlerinage ou pour l'enseignement : « le système malékite règne dans ces contrées (Mauritanie et Espagne) parce que les étudiants maghrébins et espagnols, qui voyageaient pour s'instruire se rendaient ordinairement au Hijaz, sans aller plus loin. À cette époque la science du droit

²³³ *Ibid.*, p. 206.

²³⁴ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 424.

²³⁵ *Ibid.*, p. 416.

avait pour siège la ville de Médine (capitale de Hijaz), et de là elle s'était propagée en Iraq, province qui ne se trouvait pas sur le chemin de ces voyageurs. Ils se bornèrent donc à étudier sous les docteurs et professeurs de Médine, ville où Malik était alors l'Imam de la science ; où ses maîtres avaient tenu ce haut rang avant lui, et où ses disciples devaient le remplacer après sa mort »²³⁶.

L'implantation du rite malékite au Maghreb et en Andalousie est également liée, selon Ibn Khaldoun à la similitude du mode de vie. Les Maghrébins du V^e siècle étaient également des nomades comme les habitants du Hijaz. C'est pour cette raison que la doctrine malékite est toujours restée prospère chez eux et n'a jamais subi les corrections et les modifications causées par l'influence de la civilisation sédentaire²³⁷. Cependant, cet argument est à nuancer. En effet, Abou Zahra réfute ce raisonnement : « Ibn Khaldoun affirme par ailleurs que l'une des raisons de l'adoption de cette doctrine par les Andalous et les Maghrébins était la bédouinité commune entre eux et les habitants du Hedjaz. Or cela est tout à fait discutable, car cela n'était pas le cas des villes du Hedjaz, surtout durant l'époque omeyyade, qui apporta les bienfaits de la civilisation et qui vit l'épanouissement de la poésie amoureuse...et même en supposant que le Hedjaz connaissait encore la bédouinité, nous ne pourrions jamais le dire pour l'Andalousie, qui était civilisée avant même la conquête islamique »²³⁸.

À ces facteurs cités ci-dessus, nous pouvons ajouter le facteur humain qui joue un rôle très important. Effectivement, des juristes maghrébins ont contribué à la promotion du rite malékite en occident musulman.

3- Les prometteurs du malékisme en Occident musulman et leurs œuvres

En Afrique du Nord, la majorité des auteurs arabes et orientaux désignent Sahnoun (mort en 240/856), un élève du disciple immédiat de Malek, Ibn el Kacem, comme le propagateur du Malékisme en *Ifriquia* (l'actuelle Tunisie) et dans l'ouest musulman²³⁹.

²³⁶ IBN KHALDOUN, *Prolégomènes*, traduction de Slane, tome IV, Paris, Imprimerie Impériale, 1862-1868, p. 14. Cité par *ibid.*, p. 417.

²³⁷ *Ibid.*, p. 418.

²³⁸ ABOU ZAHRA M., *L'Imam Mâlik : sa vie et son époque : ses opinions et son fiqh*, op. cit., p. 361-362.

²³⁹ Toutefois, pour une minorité d'historiens, la doctrine de Malek avait gagné l'occident musulman avant même sa mort. Par exemple Abou Zahra avance « Dans l'ouvrage *Nafh at-tib*, on apprend que le premier à propager le malékisme en Andalousie fut Ziyâd Ibn 'Abd ar-Rahman décédé en 193 de l'Hégire : il était allé en pèlerinage à la tête d'un groupe d'hommes, durant le règne de Hichâm Ibn 'Abd ar-Rahman et ils y rencontrèrent Malik ». (*Ibid.*, p. 380).

Sahnoun était à la tête de l'école de Kairouan²⁴⁰. En lui apportant quelques modifications, il donne une nouvelle version à la *Moudawana* d'Ibn el Kacem. C'est cette recension qui sera l'œuvre de référence des juristes français pendant la période coloniale.

L'autre sanctuaire de l'Islam malékite était l'Espagne Andalouse. Des noms comme Abd el Malek Ibn Habib, Mohamed al-Utbi, Mohamed Ibn Loubaba... contribuèrent à affermir la doctrine malékite en Espagne puis au Maroc²⁴¹. Leurs successeurs, à l'instar Ibn Hazm, d'Ibn Rochd (Averroès), Ibn Sahl, Ibn Acem...continuèrent l'œuvre des pionniers, dégagant un droit malékite assez réaliste, mais qui ne tarda pas à basculer vers le conservatisme²⁴².

Quelques siècles plus tard, Abi Zayd El Qairawani et Khalil Ibn Ishak publièrent respectivement deux abrégés d'une grande notoriété : la *riçalat* et l'abrégé de khalil (*Moukhtasar*). Alors que le *Moukhtasar* (l'abrégé) de khalil Ibn Ishak est un véritable manuel de droit, la *Riçalat* qui lui est antérieure de 400 ans n'est pas seulement un manuel de droit. Elle comprend, en effet, diverses matières relatives à la foi et au dogme suivant le rite malékite. Malgré leur nature quasi similaire, l'abrégé de Khalil était plus célèbre et occupait la première place au Maghreb à la veille de la colonisation. Son originalité réside dans sa combinaison entre le malékisme maghrébin et égyptien.

Ainsi en 1830, date de l'établissement de la colonisation française en Algérie, les *cadis* recherchaient la solution des difficultés qui leur étaient soumises dans le précis de Khalil et ses commentaires²⁴³. D'autres jurisconsultes tels que Sijilmasi, Ibn Arafa, El Wanchari, etc. ont contribué à affermir la notoriété du Malékisme en Afrique du Nord.

À la lecture du *Mouwattae* et d'autres œuvres de jurisconsultes malékites, nous pouvons constater qu'une place importante est accordée à la coutume dans ce rite.

B. La coutume : source substantielle du dogme malékite

Les thèses traitant de la nature juridique de la coutume dans l'école de Malek Ibn Anas ne sont pas unanimes. Effectivement, une minorité des malékites considèrent que la coutume ne peut être une source du droit, mais un simple usage qui a besoin d'*Ijma'a* pour

²⁴⁰ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 419-420.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 422.

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ MORAND M., « Le droit musulman algérien (le rite malékite) ses origines », op. cit., p. 213.

s'affirmer. Et l'Imam Malek ne l'a érigé que comme moyen pour reconstituer « la geste musulmane ».

Toutefois, pour une grande partie des juristes malékites, la coutume est parmi les sources importantes de ce rite. Pour appuyer leur thèse, les théologiens se réfèrent au fait que Malek dans son *Mouwattae* fait souvent référence à la coutume de Médine. La coutume chez les malékites renvoie à la notion d'utilité « *maslaha* ». Chaque fois que celle-ci n'est pas préjudiciable à la société, elle constitue une *maslaha* que le juriste doit prendre en considération²⁴⁴. Néanmoins, Abu Zahra regrette qu'en se fondant sur la notion de *maslaha* certains se sont permis de limiter la portée des textes canoniques par l'intérêt général, s'ils traitent des relations humaines, à l'exclusion des matières relevant du culte²⁴⁵.

Parmi les grands jurisconsultes malékites qui ont souligné l'importance de la coutume et sa place prépondérante parmi les sources du droit, nous pouvons citer à titre d'exemple Ibn Acem, Alwancharissi et el Wazzani. De même, pour Dadir et Sijilmasi, la coutume ayant un caractère suffisant de généralité, elle aurait alors la valeur de règle d'*Ijma'a*²⁴⁶.

Ajouté à cela, pour une application effective de la coutume, il était nécessaire que le *cadi* appartienne à la localité où il juge. Il arrivait parfois que des *cadis* soient renvoyés ou mal acceptés, car considérés comme étrangers²⁴⁷. Ces *cadis* participent à leurs tours, par le biais de la jurisprudence, à l'élaboration de la règle juridique.

C. L'*amal* : Moyen pour l'application de la coutume au Maroc

Sur le fondement de la notion de « *maslaha* » ou d'utilité, il arrive qu'un *cadi* dans une affaire adopte une solution contraire à l'opinion majoritaire pour éviter un mal, ou un trouble, et se conformer à la coutume dans un but d'intérêt général ; ses successeurs le suivront *rebus sic stantibus*²⁴⁸. Ainsi l'*amal* (la pratique des *prétoires*) permet d'une part d'adapter le droit à la vie sociale et d'autre part c'est un moyen pour consommer la coutume locale. C'est un droit pragmatique et circonstanciel. Jacques Berque le définit comme « collection de sentences bien déterminées, liée à un milieu et un moment, où le juge a dû s'écarter de la dominante en considération de nécessités ou d'utilités temporaires. Celles-ci

²⁴⁴ ABOU ZAHRA M., *L'Imam Mâlik : sa vie et son époque : ses opinions et son fiqh*, op. cit., p. 319.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 319.

²⁴⁶ BLANC F. et MILLIOT L., *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001, p. 138.

²⁴⁷ ACH-CHATIBI, *almowafaqat fi uçul al-ahkam*, La maison Ibn Affan, 1997, tome IV, p. 121.

²⁴⁸ BLANC F. et MILLIOT L., *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 153.

évoluant ou disparaissant, l'*amal* tombe, et il faut revenir à la dominante. Toute décision de *amal* n'est donc que circonstancielle, précaire, dénuée de validité générale, et par le même, impropre à la construction juridique...seulement valable comme document d'époque et par la couleur locale »²⁴⁹.

Ainsi l'*amal* reflète bien les mœurs juridiques de son époque. Ces solutions de jurisprudence sont rapportées dans des ouvrages de pratique judiciaire que ce soit sous forme de recueil d'actes juridiques (des formulaires du notariat), ou de *fatwa* ou consultations juridiques de docteurs. Il existe des recueils spéciaux ainsi que des œuvres générales de jurisprudence malékite. Le plus important est *alamal almutlak* de Sijilmasi, écrit en 1214 de l'hégire. C'est un recueil de jurisprudence générale, commun au rite malékite, regroupant les solutions communes à toutes les contrées où règne le rite malékite et dans différentes matières²⁵⁰.

Deux siècles auparavant et sous la forme d'un poème didactique, Abderrahman al fassi (1040-1096/1630-1685) compose un recueil de jurisprudence locale, en rassemblant les décisions des cadis de Fez de son époque (*amal al fassi*). L'auteur y résume en 417 vers une série de solutions jurisprudentielles. C'est un précis, un abrégé de la jurisprudence locale, qui a donné lieu à d'importants commentaires²⁵¹.

Par la suite, l'*amal* n'est pas resté cantonné dans la ville de Fez. Il s'est étendu à d'autres villes et régions, notamment les villes où les *fokahas* s'étaient éparpillés²⁵². Même dans le Sous, région berbère du Sud marocain, les *zaouias*²⁵³ ont pu développer un droit jurisprudentiel, l'*amal as-sousi*. C'est un travail original qui combine simultanément le *fikh* et des règles coutumières ancestrales²⁵⁴.

Nous n'avons abordé pour le moment que les questions de la naissance du rite malékite et de son implantation au Maghreb. Cependant il est primordial d'étudier les règles du droit de la famille relevant du dogme malékite, afin de comprendre la situation de la femme à l'époque coloniale.

²⁴⁹ BERQUE J., *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat, M. Le Forestier, 1944, p. 130. Cité par BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 462-463.

²⁵⁰ BLANC F. et MILLIOT L., *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 151.

²⁵¹ *Ibid.*

²⁵² BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 468.

²⁵³ C'est un édifice religieux musulman. C'est aussi la confrérie et toute la communauté qui se structure autour de ce centre spirituel et social.

²⁵⁴ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 468.

§2- Le droit du statut personnel malékite : Un ensemble de règles contraignantes

À l'exception des Almohades et depuis la dynastie Idrisside, le rite malékite a toujours régi tous les aspects de la vie des Marocains et le domaine de la famille ne faisait pas exception. Tout comme les autres sphères de la vie économique, politique et sociale, les relations familiales étaient à leur tour soumises aux règles instaurées par le rite malékite, et à l'opinion majoritaire. Simultanément, et au fil des siècles, des institutions limitant la liberté de la femme se sont ancrées dans la société, à l'exemple du droit de contrainte matrimoniale et de la tutelle. Afin d'étudier la condition de la femme dans le Maroc colonial, il faut faire le point sur les règles dévolues par le dogme malékite à la formation du lien conjugal (A), ainsi qu'à sa dissolution (B).

A. La formation du lien conjugal

Le droit musulman n'attache aucune force aux fiançailles. Les futurs époux sont libres de ne pas y donner suite. Le mariage, cependant, a un caractère contractuel en Islam, c'est un contrat synallagmatique suscitant droits et obligations pour chacun des époux. La dimension religieuse est essentielle dans cette relation contractuelle. Ainsi, le Coran le considère comme une « alliance sacrée et solennelle »²⁵⁵ conclue pour durer « dans l'affection et la mansuétude »²⁵⁶. Mais alors, quelles sont les conditions nécessaires à la formation du lien conjugal (1) ainsi que les effets engendrés (2) ?

1. Les éléments essentiels à la formation du mariage

Ibn Acem dans son œuvre *Tohfa* résume les éléments essentiels à la formation du mariage dans un vers dont la traduction est la suivante : la constitution d'une dot, la prononciation d'une formule, l'existence de deux conjoints et l'intervention d'un tuteur matrimonial sont les bases du mariage²⁵⁷.

²⁵⁵ Sourate IV, verset 21.

²⁵⁶ Coran, sourate XXX, verset 21.

²⁵⁷ ELJANABI I., *Charh Ibn Nadem lithofat alhkkam l'Ibn Acem Alandalousi (Explication d'Ibn Nadem de la Tohfa de l'andalous ibn Acem)*, Maison Ibn Hazm, Bayrou, 2013, Tome II, p. 646.

Nous allons donc étudier, dans un premier temps, la condition de la tutelle matrimoniale et du consentement (a), puis nous verrons la dot et l'absence d'empêchements au mariage (b).

a. L'échange de consentement et la tutelle matrimoniale

Dans le *fikh* musulman traditionnel, le mariage est un contrat consensuel, ne réclamant aucune solennité. Son existence est établie par témoignage. Il se forme par l'échange du consentement des deux époux ou de leurs représentants, en présence de deux témoins. L'offre et l'acceptation doivent être échangées simultanément²⁵⁸. Aucune formule du consentement n'est exigée. Khalil affirme : « la vierge consent par son silence et celle qui ne l'est plus, explicitement »²⁵⁹. À l'exception pour la femme sur qui pèse le droit du *djebr*, le consentement est exprimé par son tuteur. Il faut aussi ajouter que la formule ne doit comporter ni terme ni condition, et le mariage temporaire est condamné par les quatre écoles sunnites, d'autant plus qu'aucun mariage ne saurait être conclu sous une condition suspensive²⁶⁰.

Une formalité importante lors de la conclusion du mariage est la présence du tuteur matrimonial. À l'exception des hanafites qui la considère comme facultative, la tutelle matrimoniale est une condition de validité du mariage pour les trois rites sunnites : malékite, chafiite et hanbalite. Pour appuyer leur thèse, les hanafites se fondent sur le verset 230 de la deuxième sourate du Coran. Ils considèrent que le mariage est une affaire entre les époux sans association du tuteur et par là, la femme dispose de la liberté absolue de choisir l'époux qui lui convient et n'a donc pas besoin de tuteur pour la représenter²⁶¹. Il faut toutefois noter qu'il existe une nuance entre la tutelle matrimoniale et le droit de contrainte matrimoniale. Dans le premier cas, le consentement de la femme est exigé pour la donner en mariage.

Aussi, les malékites ne fixent aucun âge légal minimum pour le mariage. Les jeunes filles impubères peuvent également se marier et être soumises au droit de contrainte

²⁵⁸ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris/La Haye, Mouton et co, 1977, p. 15-16.

²⁵⁹ KHALIL IBN ISH'AK, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam Malek*, traduction par G.H Bousquet, Alger-Paris, Maison des livres-Maisonneuve, 1956-1962, t IV, p. 20.

²⁶⁰ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, *op. cit.*, p. 17.

²⁶¹ MONJID M., *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb*, Thèse, Droit, Toulouse, 2010, p. 44.

matrimonial (droit de *djebr*), mais il faut attendre que la femme ait atteint la puberté pour que le mariage soit consommé²⁶².

À l'origine, le droit de *djebr* ne concernait que les filles impubères. Le titulaire de ce droit (en général le père) pouvait contraindre sa fille impubère à se marier avec la personne de son choix²⁶³. C'est une institution qui existait chez les Arabes de la période préislamique. La doctrine et la jurisprudence en ont sanctionné cette pratique et admis sa légalité, tout en la réglementant. Elle concerne les enfants, garçons ou filles n'ayant pas encore atteint la puberté²⁶⁴. Précisons que cette pratique est en contradiction avec un *hadith* du prophète Mohammad dans lequel il est rappelé la nécessité de demander l'accord de la femme avant de la donner en mariage²⁶⁵. Ainsi, le droit de *djebr* ne trouve aucun fondement dans le Coran ou dans la Sunna.

La raison principale du maintien de cette institution préislamique résidait, selon Millot, dans le fait que la surveillance de la jeune fille chez les peuples nomades était difficile. La puberté précoce et la promiscuité de la tente ne laissent rien ignorer aux enfants de ce qui s'y passe, et l'intérêt de l'enfant exigeait qu'on ne lui laisse pas courir les risques de son inexpérience²⁶⁶. De plus, le père est le tuteur de son enfant mineur, il a le droit donc de disposer de ses biens, et de lui choisir l'époux ou l'épouse qui lui convient²⁶⁷.

Au fil des siècles, et pour se conformer à la coutume, les *foukahas* ont étendu la règle du droit de *djebr* aux filles pubères encore vierges. Toutefois, la femme divorcée ou la veuve échappent à cette pratique²⁶⁸. La seule limite à l'exercice de ce droit est l'exigence de l'équivalence des conditions du mari qui doit être exempt de tout défaut. Dans le cas échéant,

²⁶²NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 134.

²⁶³ « Dans le rite malékite, ce pouvoir appartient au père seul (jamais à l'aïeul), tant sur le fils que sur la fille ; il passe ensuite au tuteur testamentaire, désigné par le père, et ce de plein droit par le pupille mâle, mais en vertu seulement d'une clause express du testament, s'il s'agit des filles. La mère peut être aussi tutrice contraignante, mais dans ce cas elle exerce ses pouvoirs par l'intermédiaire d'un *wali*, mandataire mâle qui la représente pour l'échange des consentements. A défaut du tuteur testamentaire le *djeb* n'est exercé que par le qâdhi, et seulement sur les garçons. Cette différence s'explique assez rationnellement : le mari peut toujours par la répudiation rompre le mariage qui lui déplaît » (BOUSQUET G.-H., *Le droit musulman par les textes (Précis de droit musulman, t. II)*, Alger, Maison des Livres, 1947, p. 103).

²⁶⁴ MONJID M., *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb*, op. cit., p. 35.

²⁶⁵ Selon Ibn Abbass, une jeune femme alla un jour trouver le Prophète pour lui raconter que son père l'avait forcée à se marier avec son cousin. Le prophète lui laissa alors le choix entre rester mariée ou annuler le contrat de mariage, puisque cet acte a été conclu sans le consentement de la femme.

²⁶⁶ MILLIOT L., *Etude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb*, Thèse, Droit, Paris, 1910, p. 83.

²⁶⁷ BACO A., *Alwilaya fi zawaj, hokmoha wahikmatoha wa daroratoha (La tutelle dans le mariage, son intérêt et sa nécessité)*, Casablanca, Imprimerie universitaire, 1995, p. 36.

²⁶⁸ Ce droit de *djebr* persiste si la femme veuve ou divorcée est encore impubère ou si elle n'est plus vierge pour cause de fornication, viol ou d'accident.

la jeune fille peut se plaindre auprès du juge et invoquer le fait que le mari proposé ne lui est pas équivalent²⁶⁹.

Pendant la période coloniale, la pratique du droit de *djebr* était monnaie courante et le tuteur (en général le père) ne s'intéressait guère au consentement de la femme au mariage. Il se permettait de marier sa fille contre son propre gré, afin de satisfaire, dans la plupart des cas, son propre intérêt.

À travers ces différents points, nous avons étudié la tutelle matrimoniale. Nous allons maintenant analyser les autres conditions du mariage.

b. Le *sadak* et l'absence d'empêchements au mariage

Premièrement, le contrat de mariage n'est valable que s'il y est stipulé le montant du *sadak*. Si pour les hanafites, le *sadak* n'est qu'un effet du mariage, il n'en est pas de même pour les malékites : À l'exception d'Ibn Arafat²⁷⁰, les jurisconsultes malékites considèrent le *sadak* comme une condition fondamentale à la formation du mariage. Tout ce qui peut être vendu ou loué peut en constituer le *sadak*. Il doit être normalement convenu (entre les époux et les tuteurs) et suffisamment déterminé²⁷¹.

La femme ne devient propriétaire de la totalité du *sadak* fixé qu'une fois que le mariage est consommé. La conclusion du contrat du mariage ne donne à la femme le droit qu'à une partie du *sadak*, payable d'avance et fixé par le contrat. Dans la pratique, cette partie correspond ordinairement à la moitié du *sadak*. La consommation du mariage lui fait acquérir un droit de créance sur la partie du *sadak* qui n'est pas exigible dès la formation du contrat et dont le paiement est reporté à une date ultérieure²⁷².

La question de la nature juridique du *sadak* et sa finalité était source de débat entre doctrinaires coloniaux. Ainsi, dans leurs travaux de recherche sur la nature du mariage en Islam, Marcel Morand et Louis Millot, ont conclu que le mariage en Islam est un contrat de vente, et le *sadak* correspond au prix de la vente²⁷³. D'ailleurs Khalil a appliqué au *sadak* les conditions de la vente²⁷⁴.

²⁶⁹ BACO A., *Alwilaya fi zawaj, hokmoha wahikmatoha wa daroratoha (La tutelle dans le mariage, son intérêt et sa nécessité)*, op. cit., p. 40.

²⁷⁰ Pour lui le *sadak* n'est pas une condition du mariage.

²⁷¹ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 20-21.

²⁷² MILLIOT L., *Etude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb*, op. cit., p. 109.

²⁷³ ROUSSIER THEAUX J., « Le mariage musulman, nature juridique », *RM*, n° 4, 1935-1936, p. 59.

²⁷⁴ *Ibid.*

Cet argumentaire pourrait être plausible mais, en remontant à la période prophétique, le prophète lui-même insistait sur le caractère symbolique du *sadak*. Cette pratique pourrait être également vu comme un moyen exprimant la volonté sincère de l'époux de se lier légalement à une femme. Ainsi, la dot pourrait avoir pour rôle la consolidation des liens du mariage. En revanche, au fil des siècles, les mentalités et les coutumes maghrébines ont donné à la dot une importance excessive. Le montant du *sadak* suppose traduire « la valeur » globale de la jeune mariée.

D'autre part, pour que le mariage soit valable, il faudra qu'il n'y ait pas d'empêchement au mariage. Ces empêchements peuvent être permanents ou temporaires. Comme empêchement permanent, nous pouvons citer celui de la parenté, celui de l'alliance et celui de l'allaitement. Un autre empêchement considéré comme permanent par les malékites uniquement, découle de l'*ian* ou séparation des époux à la suite des cinq serments d'anathème prononcés par le mari pour rejeter la paternité de l'enfant de son épouse adultère et signifier, par-là, qu'il songe à se séparer d'elle. Au nombre des empêchements temporaires, il existe ceux résultant de la retraite de continence (*idda*), ceux tenant à la disparité de religion, ceux liés à la polygamie, ceux résultant de l'alliance collatérale. Enfin, l'empêchement résultant d'une troisième répudiation ou d'une répudiation triple. Il faut ajouter à cette liste, pour les malékites uniquement, celui de sacralisation et celui de la maladie mortelle²⁷⁵.

Enfin, les hanafites exigent la présence, au moment de la conclusion du contrat, de deux témoins mâles, musulmans, sains d'esprit et honorables. Pour les malékites, la présence de ceux-ci est une condition obligatoire au moment des noces, mais facultative lors de la conclusion du contrat²⁷⁶. Pour cela, les malékites se fondent sur les dires de Ibn el Kacem et de Malek qui valident le mariage conclu sans témoins, néanmoins ceux-ci doivent être présents au moment de la consommation du lien conjugal²⁷⁷.

Après avoir énuméré les conditions de la formation du mariage, il reste à étudier, une fois conclu, les effets du mariage malékite.

²⁷⁵ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 18-19.

²⁷⁶ TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans d'explication de la Tohfa)*, Maison des livres scientifiques, Bayrou, tome I, p. 377.

²⁷⁷ ELJANABI I., *Charh Ibn Nadem lithfat alhkkam l'Ibn Acem Alandalousi (Explication d'Ibn Nadem de la Tohfa de l'Andalous Ibn Acem)*, op. cit., p. 646.

2. Les effets du mariage

En plus de la vocation successorale réciproque entre les époux ainsi que la filiation, établie pour les enfants du lit, le mariage a pour effet de mettre le mari dans l'obligation d'entretenir sa femme. Cet entretien doit lui permettre, selon son rang, de vivre convenablement. Il doit lui assurer la nourriture, l'habillement, l'habitat, la domesticité, les soins médicaux...²⁷⁸ Ainsi, dans un article publié par la *Revue marocaine de législation, doctrine, jurisprudence chérifienne*, en 1935, Massoud Chiguer se rapporte d'une part, au Coran et à la *Sunna* et, d'autre part, aux opinions des docteurs de la loi, appuyées sur des décisions jurisprudentielles du rite malékite. La *nafaka* (obligation d'entretien) est due à la femme pendant le mariage et dure pendant le délai de viduité (*idda*) en cas de répudiation révocable, et cela jusqu'à l'accouchement si la femme est enceinte. Le calcul de la *nafaka* dans le rite malékite est laissé à l'appréciation du juge qui devra tenir compte des éléments suivants : la condition des conjoints, la nature des denrées habituellement consommées, le lieu, l'époque (saisons, fêtes) et le coût actuel de la vie²⁷⁹. Si l'époux ne respecte pas son engagement, et sur demande de la femme, le juge peut prononcer le divorce pour défaut d'entretien. Toutefois, ce type de divorce est révocable, le mari peut reprendre sa femme une fois l'indigence est passée. Ce droit d'entretien est maintenu même si la femme a quitté le domicile conjugal sans autorisation de son mari. À l'exception du droit au paiement des loyers par ce dernier, elle demeure créancière de ses droits à la nourriture et aux habits. Le mari est obligé de s'acquitter de son devoir d'entretien, puisqu'il aurait pu la rendre à la maison en recourant à la justice et ne l'a pourtant pas fait. Toutefois, la *nafaka* tombe pendant la période de *nochouz* (de rébellion), si la femme est sortie sans autorisation de son mari qui ne sait pas où elle se trouve et ne peut pas, par la suite, l'assigner en justice et la rendre à la maison²⁸⁰. La *nafaka* n'est obligatoire qu'à la consommation du mariage. Toutefois, la femme qui assigne son mari pour qu'il consomme le mariage et celui-ci refuse peut faire une demande de la *nafaka* auprès du juge.

La femme même riche n'a pas à entretenir son mari. Son argent lui appartient, elle a la liberté d'en disposer. Le mariage n'a aucun effet sur le patrimoine des époux et chacun conserve sa fortune personnelle et la gère comme il souhaite. Ainsi l'épouse n'a besoin d'aucune autorisation maritale pour gérer ou administrer son patrimoine. Toutefois, chez les

²⁷⁸ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 20-21.

²⁷⁹ CHIGUER M., « La femme mariée musulmane, les conditions juridiques de la nafaqa », *RM*, n° 2, 1935, p. 21.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 23-24.

malékites, la femme ne peut pas effectuer une donation entre vifs de plus du tiers de ses biens. Cette libéralité serait annulée si le mari en demandait la révocation²⁸¹.

La question de l'obligation de la femme à effectuer les travaux ménagers pour le compte de son mari a donné lieu à un vif débat. Un jurisconsulte malékite, Abd al Aziz Ghait précise qu'il y a « entre les conjoints, la communauté du travail et l'entraide qu'ils se doivent pour régler leurs affaires. C'est l'un des buts les plus importants du mariage. Si le mari donne des ordres à son épouse en ce qui concerne les travaux domestiques, on se réfère à la coutume. Si celle-ci requiert des épouses qu'elles les assurent, elles y seront contraintes, sinon, on ne les y contraindra pas. Dans ce recours à la coutume comme arbitre, on se rappellera que ce jugement variera suivant qu'il s'agit de femmes rurales ou citadines, de même qu'il variera suivant qu'il s'agit de personnes nobles ou de gens du commun »²⁸². Cela confirme le poids de la coutume dans le rite malékite et sa responsabilité dans la régression de la situation de la femme. En effet, aucune règle canonique n'oblige l'épouse à effectuer des travaux ménagers.

Concernant le droit de garde des enfants (*hadana*), il est admis que tant que les époux sont encore mariés, le droit d'élever et de garder les enfants issus de leur union leur appartient conjointement. Cependant, les contestations ne se manifestent qu'au moment de la dissolution du mariage. Le divorce en droit malékite prend plusieurs formes et engendre des effets importants.

B. La dissolution du lien conjugal par le divorce

En droit musulman le mariage est dissout soit par le décès de l'un des conjoints ou à la suite d'un *talaq*, terme général qui englobe la répudiation unilatérale, la répudiation négociée et la dissolution judiciaire²⁸³. La femme veuve étant hors du champ de notre étude, nous nous contentons d'étudier la situation de la femme lors d'un acte aussi embarrassant pour elle, d'un point de vue social, que le divorce. Nous aborderons, tout d'abord, les formes du divorce (1), pour analyser ensuite les effets de cet acte sur la femme divorcée (2).

²⁸¹ HADDAD T., *Imraatuna fi charia walmojtamaa (Notre femme entre la charia et la société)*, le Caire, Maison du livre égyptien, 2011, p. 110. Cité par BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours, op. cit.*, p. 22.

²⁸² Cité par *ibid.*, p. 23.

²⁸³ *Ibid.*

1. Les formes du divorce

« De toutes les choses qu'il a permises, il n'y en a pas de plus détestée par Dieu, que le divorce »²⁸⁴. Ainsi, le droit musulman a mis en place une série de mécanismes visant à la préservation du lien conjugal.

Dans certaines situations, par exemple, le *talaq* ne dissout pas définitivement le mariage. Dans ce cas, et selon le professeur Raja Naji El Mekkaoui, « un ultimatum est lancé, afin que les époux réfléchissent sereinement sur le sort qu'ils veulent donner à leur union. Cet ultimatum équivaut communément à la durée de la retraite de continence, la *idda* »²⁸⁵. Les effets et l'étendue de la *idda* dépendent de la révocabilité ou non du divorce.

Le divorce révocable ne met pas de terme définitif à la relation conjugale. Il ne fait que suspendre certains de ses effets. Durant la *idda*, le mariage continue à produire ses effets, à l'exclusion des relations intimes entre époux qui elles ne sont plus autorisées²⁸⁶. Chacun des époux peut hériter de l'autre, la femme continue de bénéficier du droit à la *nafaka*, et au logement. Le divorce irrévocable, quant à lui, interrompt immédiatement le lien matrimonial. Une fois le divorce prononcé, les obligations et devoirs conjugaux cessent, même si l'épouse est dans l'obligation d'observer cette période de l'*idda*²⁸⁷.

Il existe plusieurs formes de dissolution du mariage, extrajudiciaires (a) et judiciaires (b).

a. La dissolution extrajudiciaire du mariage

En droit musulman, la répudiation est l'acte par lequel le mari rompt unilatéralement et discrétionnairement le mariage. En effet, l'époux n'a pas besoin de justifier sa décision, de demander l'accord de l'épouse, ou l'intervention du juge. Toutefois, cette prérogative accordée à l'homme n'est pas sans limites. Le Coran impose des règles morales de conduite aux hommes qui désirent répudier leurs femmes.

En effet, la répudiation requiert comme conditions d'applicabilité la capacité des personnes répudiatrices et l'élément intentionnel, matérialisé par une formule protocolaire de répudiation. Ainsi, le mari peut répudier par lui-même ou par mandataire, dès lors qu'il

²⁸⁴ Hadith cité par Abou Dawoud et Ibn Majah.

²⁸⁵ NAJI ELMEKKAOU R., *La Moudawanah : le référentiel et le conventionnel en harmonie*, tome II, la dissolution du mariage, Rabat, édition et impression Bouregreg, 2009, p. 42.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 43.

²⁸⁷ *Ibid.*

est pubère et sain d'esprit²⁸⁸. La répudiation prononcée pendant la période des menstrues est interdite. Ainsi, la Sunna circonscrit le *talaq*, prononcé une seule fois, à la période de pureté menstruelle, durant laquelle le mari n'a pas approché son épouse. Comme en droit canon, le droit musulman impose une période de viduité de 3 cycles menstruels, durant laquelle l'époux peut revenir sur décision et reprendre la vie conjugale.

Toutefois, au cours de l'histoire, des innovations se sont introduites et un grand nombre d'époux répudient leurs femmes en dépit des conditions temporelles citées au-dessus. Aussi, toutes les formules de répudiation sont admises, prononcées sérieusement ou par plaisanterie, sous le coup de la contrainte ou encore, sous l'effet de l'alcool. Pire encore, toutes les écoles sont unanimes pour considérer la répudiation soumise à une condition suspensive, à un serment ou à un pari comme valable²⁸⁹.

La répudiation peut être révocable, mais le droit musulman exige le respect d'un certain nombre de règles en matière de la révocation de la répudiation. Il arrive que malgré cette révocation, l'époux souhaite à nouveau répudier sa femme. Ici une condition temporelle s'impose : il est dans l'obligation de la garder jusqu'à ce qu'elle ait eu une période de pureté, puis de règles et enfin de pureté encore. À l'exception des relations intimes, la femme répudiée « à titre révocable » conserve tous ses droits comme une épouse ordinaire.

Le mari peut aussi, céder son droit de répudiation à son épouse, sous forme de droit d'option (*khiyar*) ou de véritable cession (*tamlík*)²⁹⁰. Également licite, le *khoul* est une répudiation moyennant compensation, qui peut être exercée par l'un ou l'autre époux et sans intervention nécessaire du juge. Le *khoul* est généralement demandé par la femme et la compensation n'est astreinte à aucun minimum ou maximum et peut consister en tout bien cédé par la femme à son mari. Il arrive aussi que l'épouse renonce aux avantages matériels qui lui sont dus, comme le reliquat du *sadak* ou le montant de la *nafaka* non encore versé par le mari.

Mis à part la répudiation du mari, toutes les autres formes de divorce qu'elles soient extrajudiciaires ou judiciaires sont irrévocables.

²⁸⁸ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours, op. cit.*, p. 25.

²⁸⁹ *Ibid.*

²⁹⁰ *Ibid.*

b. La dissolution judiciaire du mariage

À côté de la répudiation unilatérale ou convenue, qui sont toutes les deux, extrajudiciaires, le *fikh* malékite permet aux époux de saisir le juge de certains faits, afin d'obtenir la dissolution ou la nullité du mariage. Dans le premier cas et par une fiction de la loi, le *cadi* est présumé agir au lieu du mari, et le jugement rendu vaut une répudiation prononcée par celui-ci.

Il existe plusieurs formes de divorce judiciaire, le divorce pour défaut d'entretien étant le plus connu. En principe, si l'époux n'arrive pas à assurer la *nafaka* de sa femme, le juge lui accorde un délai de deux mois. Une fois le délai passé, si l'indigence de l'époux persiste, le juge prononce le divorce. Il arrive que le juge reporte ce délai, si la situation du mari change et s'il n'y a pas urgence pour la femme²⁹¹. La femme qui connaissait l'indigence de son conjoint au moment du mariage sera déboutée. Malgré la décision judiciaire du divorce, le mari pourra reprendre la vie conjugale si, pendant la retraite de continence, il trouve les moyens de subvenir à l'entretien de sa femme²⁹².

Le divorce pour préjudice permet à l'épouse de demander au juge de rompre le lien conjugal en invoquant les torts qu'elle a subis de la part de son mari. L'étude de la littérature malékite nous permet de dessiner plusieurs types de préjudices, les violences physiques restant les plus communes²⁹³. Khalil cite également comme préjudice, le fait pour l'époux de cesser toute discussion avec son épouse ou de se tourner quand celle-ci s'assoit à ses côtés. Les théologiens considèrent d'autres cas encore tels que la situation où la femme est gravement injuriée, ou bien plus généralement lorsqu'elle subit des sévices ou de mauvais traitements²⁹⁴. Dans cette conception aussi extensive de la notion de préjudice, la morale interfère constamment avec le légalisme, ainsi il est permis d'évoquer, l'emprisonnement du mari, sa mauvaise conduite, l'inexécution des conventions matrimoniales... comme autant de bonnes raisons que la femme pourra avancer en vue d'obtenir le divorce²⁹⁵. Il est toutefois

²⁹¹ ELJANABI I., *Charh Ibn Nadem lithfat alhkkam l'Ibn Acem Alandalousi (Explication d'Ibn Nadem de la Tohfa de l'Andalous Ibn Acem)*, op. cit., p. 856.

²⁹² BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 30.

²⁹³ Toutefois, selon Ibn el Kacem, si la femme a commis une faute grave, le mari pourra la sanctionner. L'épouse ne peut pas se prévaloir du divorce pour préjudice « S'il la frappe légèrement, hors le but de la corriger, elle ne peut agir que si les faits se sont répétés de nombreuses fois ou si les coups sont violents. Les épouses ne peuvent guère échapper aux coups. Elles sont censées y avoir acquiescé (en se mariant). Ib al-Kasim dit : « souvent la femme mérite des coups douloureux à cause d'une faute qu'elle a commise... Les témoins ne doivent témoigner qu'il y a sévices qu'en attestant que le mari a frappé la femme « sans motif » ». La Mattitiyya, citée par TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, op. cit., p. 301.

²⁹⁴ LAMADDEB B., *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, op. cit., p. 158.

²⁹⁵ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 30.

difficile de prouver le préjudice subi. Dans son œuvre *Tohfa*, Ibn Acem exige soit la présence de deux témoins ou bien la propagation de la nouvelle du mauvais traitement subi par l'épouse (les voisins, les aides ménagères...) ²⁹⁶.

L'existence de vices rédhibitoires chez l'un des époux peut également entraîner la demande de dissolution du mariage par l'autre époux. Il faudra d'abord distinguer le vice corporel de l'épouse de celui du mari. Si un vice corporel se découvre chez la femme après conclusion de l'acte du mariage, c'est un « malheur » qui frappe le mari, même si la consommation n'a pas encore eu lieu. Toutefois, l'époux peut répudier cette femme avec recouvrement de la dot si le vice corporel existait déjà avant la conclusion du mariage ²⁹⁷. Dans le cas où le vice affecte le mari, sa femme peut demander le divorce pour vice rédhibitoire. Toutefois, des délais peuvent être accordés quand il y a espoir de guérison ²⁹⁸.

Enfin, une dernière forme de divorce judiciaire existe. Il s'agit du divorce pour absence du mari. Si ce dernier subvient encore à l'entretien de sa femme, un délai peut être imparté par le juge, qui dépendra souvent des motifs de l'absence et des possibilités concrètes d'un retour éventuel ²⁹⁹. En revanche, si le mari a disparu, on assure à son épouse son entretien, s'il a laissé quelques biens. Le divorce ne sera prononcé, dans ce cas, qu'après quatre années écoulées, s'il a disparu en terre d'Islam. Dans le cas de disparition dans un pays en guerre, le divorce n'est prononcé qu'après la disparition de tous les hommes de sa génération. Enfin, le divorce pourra être accordé au bout d'une année si le mari a disparu en terre de « dissidence » ³⁰⁰. Une fois le divorce prononcé, par voie judiciaire ou extrajudiciaire, reste à étudier les répercussions de cet acte sur la vie des ex-époux, et notamment les effets du divorce sur la vie de la femme.

2. Les effets du divorce

Nous aborderons les effets du divorce sur la vie de la femme (a) et sur celle des enfants (b).

²⁹⁶ TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, op. cit., p. 488.

²⁹⁷ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 29.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*

a. Les effets du divorce sur la femme

Une fois le divorce prononcé, la femme perçoit un don de consolation, dit *mouta'a*. Parallèlement, son droit d'entretien, qui incombait au mari, persiste pendant le délai de l'*Idda* et même jusqu'à l'accouchement si la femme est enceinte.

Pour la majorité des commentateurs de Khalil, le don de *mouta'a* est un cadeau que le mari fait à sa femme, au moment de la répudiation, pour la soulager du chagrin de la séparation. Cependant, quelques commentateurs, à l'exemple de Dessouki et Zerkani refusent au *mouta'a* le caractère de don de consolation : la preuve en est, disent-ils, que si la femme vient à mourir avant d'avoir reçu ce don, ce sont ses héritiers qui devront le percevoir³⁰¹.

Dans le rite malékite, le don de consolation est-il facultatif ou obligatoire ? Si on s'arrête au verset 237 de la sourate II du Coran, celui-ci ordonne explicitement : « Vous ne commettez pas de péché si vous répudiez vos femmes sans avoir eu des rapports sexuels avec elles ou sans leur avoir assigné un *sadak*. Faites-leur un don (*mouta'a*) qui soit, pour l'homme aisé en rapport avec sa fortune, et pour le pauvre, avec sa petite situation ; que ce don soit convenable. C'est un devoir pour ceux qui pratiquent le bien ». Le verset 242 de la même sourate vient confirmer le verset cité au-dessus en ce qui concerne le caractère obligatoire de don *mouta'a* : « Les femmes répudiées ont droit à un don *mouta'a* convenable, c'est une obligation à la charge de tous ceux qui craignent le Seigneur ». Ainsi, la lecture de ces deux versets laisse entendre que le don de consolation est obligatoire, mais pour Khalil, il n'est que recommandable. Il affirme qu'il « est recommandé au répudiateur de faire un don de consolation à la femme »³⁰². Ses commentateurs confirment sa position à l'exception de Alkortobi, pour qui le don de consolation est obligatoire. Convient-il de faire ce don à toutes les répudiées ? Les malékites sont unanimes : il convient de le faire à toutes les répudiées, abstraction faite de la nature de la répudiation (révocable ou irrévocable), de la condition de la femme (libre ou esclave), de sa religion (musulmane, juive ou chrétienne,) et enfin de la forme du divorce (répudiation ou divorce judiciaire)³⁰³. « Il convient, lit-on dans la *Moudawana*, de faire le don *mouta'a* à toutes les répudiées par un, par deux ou par

³⁰¹ POMMERAU H. et NORES E., « Etude sur le don Moutâa ou le don de consolation », *RA*, 1928, p. 1.

³⁰² KHALIL IBN ISH'AK, *Mariage et répudiation*, traduction avec commentaires par E. Fagnan, Alger, Jourdan, 1909, p. 145.

³⁰³ POMMERAU H. et NORES E., « Etude sur le don Moutâa ou le don de consolation », *RA*, 1928, p. 10.

trois, sauf à celle qui est répudiée avant la consommation du mariage et à laquelle un *sadak* a été assigné : cette dernière a droit à la moitié du *sadak* est non à la *mouta 'a* »³⁰⁴.

Dans le rite malékite, le mari a l'obligation d'entretenir sa femme aussi longtemps que perdure le mariage. Dans certains cas, ce droit persiste et pour un délai déterminé, après la dissolution du lien matrimonial. Le droit d'entretien et d'habitation sont obligatoires : pendant l'*idda* d'une répudiation révocable et jusqu'à l'accouchement pour la femme enceinte. En se fondant sur des textes scripturaires, les juristes ont édifié la règle suivante : que la nourriture, l'habillement et le logement sont dus à l'épouse répudiée enceinte et à l'épouse *rejaïa*³⁰⁵ qui accomplit sa retraite légale. Et ceci jusqu'à l'accouchement de la femme enceinte ou l'expiration du délai de l'*Idda*, calculé selon le système de computation par menstrues (trois).

Néanmoins, il existe des exemples où même si la répudiation est révocable, la femme ne peut se prévaloir de son droit d'entretien puisqu'elle n'est pas tenue à une retraite de continence. C'est le cas de l'épouse encore impubère ou celle répudiée avant la consommation du mariage.

Concernant la *bain*³⁰⁶, les docteurs de différentes écoles juridiques ne sont pas d'accord sur la persistance de son droit à la *nafaka* et de l'habitat pendant le délai de l'*Idda*. Pour les malékites, le droit au logement perdure, mais la *nafaka* tombe, car le mariage s'est arrêté par le *talaq bain*. Il est important de noter que le divorce engendre également des effets sur les enfants.

b. Les effets du divorce sur les enfants

Concernant la garde des enfants (*hadana*), et en cas de divorce, les juristes de l'école malékite sont unanimes à considérer que la priorité en matière de *hadana* revient de droit à la mère. Leur thèse se fonde sur un *hadith* prophétique qui accorde la *hadana* à la mère³⁰⁷. Toutefois, la non-concordance des décisions attribuées au Prophète³⁰⁸ a provoqué dans le

³⁰⁴ Elhattab. Cité par *ibid*.

³⁰⁵ La répudiée d'une répudiation révocable.

³⁰⁶ La divorcée d'un divorce irrévocable.

³⁰⁷ Selon Abdallah Ben Amer Ben El Ass, une femme venait d'être répudiée par son mari ; elle avait de lui un enfant. Elle le prit dans ses bras et alla trouver l'envoyé de Dieu « Prophète ! Lui dit-elle ; l'enfant que tu vois a eu mon ventre pour premier berceau, mon giron pour gîte et mon sein pour nourricier, or son père, après m'avoir répudiée veut me l'enlever ». Le prophète répondit : tu as la priorité sur le père tant que tu n'auras pas contracté un nouveau mariage ».

³⁰⁸ Les unes accordent la priorité à la mère, les autres promeuvent le tirage au sort entre les parents ou le choix laissé à l'enfant.

monde juridique musulman des scissions qui ont donné naissance à des solutions différentes³⁰⁹.

La *hadana* est dévolue automatiquement à la mère sans qu'il y ait besoin d'une décision judiciaire. Pour les malékites, elle est un devoir de famille complètement gratuit, ne pouvant donner lieu à aucune rémunération. Elle dure, pour le garçon, jusqu'à la puberté et pour la fille, au moment de la consommation du mariage. Toutefois, pendant l'allaitement, la femme divorcée a droit au prix de l'allaitement.

Le droit de la mère à la *Hadana* tombe, par son décès, par la déchéance judiciaire ou enfin par son renoncement. Dans ce cas, le droit de garde dévolue à certains parents. Les femmes doivent toujours être préférées aux hommes, et les femmes de la ligne maternelle doivent être préférées à celles de la ligne paternelle. Les raisons de ce choix législatif sont que les soins accordés à l'enfant doivent pouvoir remplacer ceux d'une mère, notamment quand il s'agit de la garde d'enfants en bas âge. Dans les cas plus rares où la *hadana* est dévolue à un parent mâle, celui-ci ne peut la conserver que s'il est marié.

Si la femme à qui la *hadana* est attribuée se remarie, elle peut être déclarée déchue à moins que le mari nouvellement épousé ne soit parent de l'enfant et être capable s'assurer sa garde. Sinon son droit est déchu. Cette déchéance n'est pas automatique ; une décision judiciaire est nécessaire et la demande doit se faire dans un délai d'un an à compter du remariage de la femme à qui la *hadana* appartenait.

Après avoir exposé les règles de la doctrine malékite en matière du droit de la famille, qui sont pour quelques-unes d'origine coutumière, il reste à étudier les coutumes berbères en la matière, qui sont, quant à elles, moins islamisées. Nous aborderons également les règles hébraïques en matière de statut personnel, toujours dans l'objectif, ensuite, de comprendre quelle a été l'action (ou l'inaction) des colonisateurs à leur endroit.

Section 2. La spécificité des populations berbères et israélites

En 1912, la société marocaine est essentiellement tribale, avec des règles propres à chaque groupe. Elle se divisait en trois catégories : les Arabes, les Berbères et les israélites.

Dans la première section, nous avons exposé les règles du droit malékite appliquées généralement dans les grandes villes et les campagnes environnantes. Dans cette section

³⁰⁹ CHIGUER M., « La femme mariée musulmane, les conditions juridiques de la *hadana* », *RM*, n° 4, 1935-1936, p. 57.

nous allons aborder le droit de la famille dans le pays berbère (§1), ainsi que le droit de la famille israélite (§2).

§1- Les coutumes berbères en matière de droit de la famille

Les peuplades marocaines se sont, en grande partie, développées dans le cadre de la tribu. Cette autarcie les rend hermétiques aux événements extérieurs qui n'ont eu que peu d'influence sur elles. Elles ancrent les principes de la vie sociale dans leurs traditions davantage que dans les différentes lois que le Makhzen a essayé de leur imposer. Nous avons vu que le *fikh* malékite est d'essence religieuse tout en laissant subsister les us et les coutumes locales. En revanche le droit berbère est un droit coutumier, séparé du dogme. Cependant, au fil des siècles et de la pénétration des principes islamiques dans la vie sociale, les coutumes d'essence religieuse s'y sont alors incluses.

Les études essentielles sur la coutume berbère marocaine qui nous sont parvenues de la période coloniale, sont l'œuvre de Français, notamment, à travers des monographies publiées dans *les archives berbères* ou dans *Hespéris* par exemple, mais ces travaux ne sont pas exempts de perceptions orientalistes. Les auteurs coloniaux ont avancé plusieurs thèses sur le droit coutumier berbère (sa formation et ses rapports avec le *chra'a*) (A) et leurs descriptions de la situation de la femme berbère paraissent parfois contradictoires et partiales (B).

A. Le droit coutumier berbère : Formation et rapport avec le *chra'a*

Étudions ici les réflexions de certains auteurs coloniaux qui, par leurs écrits, se sont intéressés à la question de la formation de la coutume berbère (1) et de ses rapports avec le droit musulman (2).

1. L'origine du droit coutumier berbère

En étudiant le droit coutumier berbère, les auteurs coloniaux ne sont pas d'accord quant à l'origine de ce droit. Commenant par les *qanouns* (coutumes kabyles), Émile Masqueray³¹⁰ soutient la thèse de l'origine contractuelle des coutumes kabyles. Pour lui, ces *qanouns* proviennent d'accords contractuels et ce droit a été élaboré et formé grâce à

³¹⁰ Sur Masqueray, Basset ou Marcy, tous célèbres arabisants, cf. MESSAOUDI A., *Les Arabisants et la France coloniale 1780-1930*, Lyon, ENS éditions, 2015.

de véritables conventions³¹¹. Le doyen Morand promeut le même raisonnement. Le *qanoun* est un ensemble de dispositions réglementaires puisant leur source dans des conventions librement consenties entre les parties formant la communauté³¹².

Au Maroc, entre 1920 et 1930, Robert Montagne et l'officier Ben Daoud collectent de nouveaux documents coutumiers qui les amènent à définir le *Izref* (coutumes berbères) comme une convention établie pour raison « d'utilité publique »³¹³.

Dans son *Essai sur la littérature berbère*, Henri Basset s'oppose pour sa part à l'origine contractuelle du droit coutumier. Pour cet auteur le droit coutumier berbère est un règlement de police nécessaire à la vie en société, « mais formé petit à petit au hasard des circonstances »³¹⁴. Le droit coutumier est un produit spontané de la société. Cette thèse sera confirmée par la suite par George Marcy, qui tout en étant d'accord sur l'éventuelle origine conventionnelle de ce droit, en fait notamment « un produit séculaire spontané du milieu social »³¹⁵.

Même si la coutume en général, berbère plus particulièrement, est orale, cela n'empêche qu'un nombre de rédactions de coutumiers ont été découvertes dans le Sud marocain³¹⁶. Œuvres de *tolbas* (des lettrés en sciences de la religion), ces coutumiers sont rédigés uniquement en arabe. Des exemples de rédactions sont rapportés par J. Berque³¹⁷ ou par J. Lafond³¹⁸.

La genèse du mouvement de la rédaction de la coutume est vue par les doctrinaires coloniaux comme une forme de résistance contre le Makhzen et sa loi religieuse³¹⁹. Néanmoins, ces auteurs s'accordent sur le fait que le droit berbère a été pénétré par le droit musulman.

³¹¹ MASQUERAY E., *Formation des cités chez les sédentaires de l'Algérie*, 1886, pp. 50 et s. Cité par BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 514-515.

³¹² MORAND M., *Etudes de droit musulman algérien*, Alger-Jourdan, 1910, p. 421. Cité par *ibid.*, p. 516.

³¹³ BEN DAOUD M. et MONTAGNE R., « Documents pour servir à l'étude du droit coutumier du sud marocain », *Hesperis*, 4^e trimestre, 1927, p. 402. Cité par *ibid.*

³¹⁴ BASSET H., *Essai sur la littérature des berbères*, Alger, J. Carbonel, 1920, p. 98. Cité par *ibid.*, p. 517.

³¹⁵ MARCY G., *Le problème du droit coutumier berbère*, Alger, édition Ferraris, 1954, p. 146. Cité par *ibid.*, p. 518.

³¹⁶ Cf. BEN DAOUD et MONTAGNE R., « Documents pour servir à l'étude du droit coutumier du sud marocain », op. cit., pp. 405 et s.

³¹⁷ BERQUE J., *Structures sociales du Haut Atlas*, Paris, PUF, 2^e édition, 1978, p. 325.

³¹⁸ Cf., LAFOND J., *Les sources du droit coutumier dans le Sous*, Agadir, Ed. Imprimerie du Sous, 1948.

³¹⁹ Voir par exemple : BASSET H., *Essai sur la littérature des berbères*, op. cit., ou MARCY G., *Le problème du droit coutumier berbère*, op. cit.

2. Les rapports de la coutume avec le *chra'a*

C'est au Maroc central (confédérations Zayane, Zemmour, Aït Mguild, Aït Ndir, Aït Hdiddou...), que la science coloniale, notamment la section sociologique de la direction des affaires indigènes, a avancé la découverte de la coutume à « l'état pur ». Selon G. Marcy, les montagnes du Moyen Atlas constituent de véritables barrières, protégeant ces confédérations contre la pénétration de la culture musulmane³²⁰. Quant à la zone nord du Moyen Atlas (Aït Seghrouchen et Aït Waraïn), elle présente d'après les spécialistes coloniaux, un degré intermédiaire d'altération de la coutume³²¹. Celle-ci serait la conséquence de la situation géographique de ces deux confédérations. En effet, Aït Seghrouchen et Aït Waraïn se situent à proximité de Fez et dans le cercle du rayonnement de son université al-Qaraouine. Chez ces tribus, le statut personnel et les affaires immobilières sont en grande partie régis par le *chra'a*, mais les traces de la coutume subsistent au niveau des preuves³²².

De toutes les régions berbères, le Sud marocain en général, et le Sous en particulier, semble le plus islamisé. R. Montagne confirme cette thèse : « Il s'est trouvé (le Sud marocain) ... profondément soumis aux influences religieuses islamiques... L'on chercherait en vain... un hameau sans mosquée... les grandes obligations religieuses, la prière, le jeûne, l'aumône sont observés avec soin »³²³. Cette islamisation profonde des Berbères du Sud marocain semble influencer le droit coutumier qui s'est imprégné de quelques principes du *chra'a*.

L'influence du *chra'a* sur la coutume en pays Shleuh demeure variable et diffère d'une région à une autre. L'historien contemporain, Abraham Lahnite, rapporte, par exemple, que dans le Sous, la coutume est restée très pure, surtout dans certaines localités montagneuses, notamment chez les Aït Iggas (Taroudannt), les Ihouziouas (Aoulouz), les Ineda-Ouzal, les Ida-ou-Bakil (Assaka)... qui ont conservé certaines pratiques préislamiques et ancestrales. Mais l'influence du droit musulman s'exerçait notamment dans les zones maraboutiques où les écoles coraniques et *zaouias* (confréries religieuses) sont très actives³²⁴. Dans ces localités saintes, les *foukahas* soussis ont joué un rôle important dans la

³²⁰ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 510-511.

³²¹ *Ibid.*, p. 512.

³²² *Ibid.*, p. 513.

³²³ Cité par *ibid.*, p. 650.

³²⁴ LAHNITE A., *La politique berbère du protectorat français au Maroc, 1912-1956 : l'application du traité de Fez dans la région du Souss*, Tome 3, Paris, Harmattan, 2011, p. 129.

transmission du *chra'a*, tout en faisant l'apologie de l'autorité du *Makhzen*³²⁵. La zone de l'Anti-Atlas et les confins sahariens demeurent, en revanche, peu influençables. Ceci est dû à sa situation géographique difficile et à sa nature inhospitalière. Malgré l'infiltration du *chra'a*, dans la plupart de cas, les jugements émanant des *jma'as* locales étaient davantage guidés par la réalité sociale, et fondé sur la coutume locale même lorsque celle-ci était contraire au *chra'a*. Ce fut le cas, par exemple, pour l'exclusion des femmes berbères de l'héritage³²⁶. D'autres tribus berbères n'éprouvaient aucune difficulté à appliquer simultanément les coutumes locales et le droit musulman³²⁷.

Cette infiltration très poussée des principes de *chra'a* dans le Sud marocain est due selon Montagne à l'intervention du *taleb* ou *fkih* : « Désormais, on ne pourra plus le comprendre (le droit coutumier) sans faire appel à des lettrés qu'anime un autre esprit et qui mettront tout en œuvre pour arriver à le transformer »³²⁸. Le *taleb* profite de son statut de lettré en religion pour supprimer progressivement le droit coutumier : « l'*amghar* (chef de la tribu) tout puissant, mais fort occupé par le soin de ses propres affaires s'en remet volontiers à un *fqih* docile et complaisant du soin de régler conformément au droit religieux la plupart des contestations ; il poursuit d'ailleurs ainsi bien moins une œuvre de réforme religieuse qu'une réforme politique : la disparition progressive du droit berbère enlève en effet à la tribu qu'il a réussi à dominer, comme le souvenir même de son indépendance et de son gouvernement direct d'autrefois »³²⁹.

De plus, dans ces régions, notamment dans les grandes villes, l'institution du *cadi* est bien présente. Ainsi, Jacques Berque indique, en se fondant sur des sources anciennes, que chez les shlouhs de Seksawa du Haut Atlas, le *cadi* participait bien, en plus de la *jma'a*, au règlement des procédures immobilières et successorales³³⁰. Même lorsque l'on ne fait pas appel au *cadi*, le pays shlouh demeure très islamisé, et le *taleb* (lettré en science de la

³²⁵ *Ibid.*, p. 129-130.

³²⁶ *Ibid.*, p. 130.

³²⁷ *Ibid.*

³²⁸ MONTAGNE R., « Le régime juridique des tribus du Sud marocain », *Hespéris*, 3^e trimestre, 1924, p. 330.

³²⁹ *Op. cit.*, p. 319.

³³⁰ « C'est d'abord un acte de 923 hég. : 1518 des a. H'addyws, consignait une sentence rendue dans un procès immobilier, et qui confirme à l'une des parties la propriété des parcelles occupées en contre partie des dépenses d'un office mortuaire. Et ce dans un grand concours de Seksawa et d'Idaw i-yzimmer. Le h'akim fonde son autorité sur le recours mutuel et écrit des deux adversaires à son prétoire, dit prétoire de chraa, « de la loi » : ba'da rid'a'i-him bi-majlisi'ch-char'i laday-na bi-rasmi't-tarad'i. Encore une consignation de tarad'i datée de 1122 hég. : 1710, et émanant de deux personnages d'Alus, qui constituent solennellement pour départager un « *cadi* » des a. Tikssit : « Ils sont d'accord (pour placer) la charia de dieu entre du faqih un tel... pour tout ce qui s'est obscurci entre eux en fait de sol, d'arbres... ». BERQUE J, *Structures sociales du Haut-Atlas*, *op.cit.*, p. 325.

religion) est présent partout. Ce personnage siégeait parmi les membres de la *jma'a*, « il est le conseiller juridique, celui qui sait. L'on ne peut l'évincer de nos tribunaux coutumiers, il semble préférable de s'en servir en le surveillant étroitement. Il aura tendance très nette sur les autres *inflas* (membres de la *jma'a*), à commettre indécidatesses, dénis de justice, prévarications »³³¹. Et même après l'institution des tribunaux coutumiers par le protectorat, les deux tribunaux de Taroudannt pour le Sous et de Tiznit pour les confins qui étaient à l'essai, étaient pour moitié composés de *tolbas* ; lettrés berbères qui connaissent aussi bien la coutume que les règles du *fikh*³³².

Ainsi, la religion musulmane a plus ou moins profondément pénétré les mentalités des Berbères. De même, il existe un rapprochement entre les règles du droit musulman de statut personnel et les coutumes berbères, par pénétration du dogme malékite. Toutefois, ces règles ne sont pas homogènes et par conséquent la situation de la femme berbère diffère d'une tribu à une autre.

B. La fluctuation de la situation de la femme berbère selon les tribus

En règle générale, chez les Berbères marocains, la condition de la femme apparaît comme très supérieure à celle de la femme kabyle algérienne. Dans certaines tribus, la femme a le droit de choisir l'époux qui lui convient, d'avoir et de gérer son patrimoine, et elle peut même hériter. Si l'époux décède sans laisser d'enfants adultes pour le remplacer, sa veuve pourra exercer toutes les prérogatives du chef de la famille. Il faudra toutefois noter que la veuve ne peut exercer ses fonctions de chef de tente qu'avec le consentement de la *jmaa* et sous la vigilance de ses proches à qui la coutume reconnaît la capacité d'intervenir en cas d'abus ou d'incapacité.

Pour la dissolution du mariage, comme en Kabylie, la femme marocaine berbère dispose du droit d'insurrection. De plus, en cas de sévices ou de manque d'entretien, l'épouse peut s'adresser à la *jma'a*. Cette dernière pourra alors contraindre le mari à rompre le mariage par répudiation, sans restitution de la dot payée.

³³¹ CADN, Direction des Affaires politiques, 1 MA/285/072, Capitaine Picardet, contribution à un guide de la justice berbère (coutumes chleuhs), octobre 1938, p. 5.

³³² LAHNITE A., *La politique berbère du protectorat français au Maroc, 1912-1956: l'application du traité de Fez dans la région du Souss*, op. cit., p. 118.

Cependant, les droits coutumiers berbères marocains apparaissent trop divers pour que l'on puisse généraliser. La coutume varie extrêmement suivant qu'il s'agisse des Rifains du Nord, des Amazighs de Moyen Atlas ou des Shleuhs du Sud.

Les Rifains étant hors de notre champ d'études, car ils étaient sous occupation espagnole³³³, nous aborderons la situation de la femme Amazigh dans la zone du Maroc central (1), ainsi que, celle de la femme shleuh dans la zone sud-ouest du Haut Atlas et le pays du Sous (2).

1. La femme berbère au Maroc central

La zone du Maroc central comprend géographiquement la zone qui va des collines caillouteuses du jbel Sarho (Maroc présaharien) au sud, à la forêt de Mamora, au nord³³⁴. Elle englobe notamment les confédérations de Zayane, Zemmour, Aït Mguild, Aït Ndir, Beni M'tir, Aït Haddidou, Ichkern, Aït Ayach, Aït Yahya, Aït Atta...

Parlant le même dialecte, et ayant la même origine historique, les tribus du Maroc central constituent un ensemble uniforme et homogène et la situation des femmes y est presque identique. Elle est nettement inférieure à celle des hommes (a). Néanmoins, les femmes bénéficient dans certaines tribus d'institutions spécifiques qui leur sont favorables (b).

a. Un statut inférieur...

Dans cette partie du Maroc, la femme est considérée comme un être mineur et incapable juridiquement. À l'exclusion de la femme chef de tente à qui la coutume reconnaît une certaine indépendance, la femme berbère du Maroc central est toujours soumise à la puissance d'un homme proche. Il est à noter que cette dépendance juridique est tellement

³³³ Toutefois, ayant la même origine Zénète que les Rifains, il sera intéressant d'aborder brièvement la situation de la femme berbère dans les tribus béni Ouraïn de la région de Taza (la zone française du Maroc) : dans ces tribus la polygamie est possible, mais elle peut être au moment du mariage fixée à l'avance comme motif de divorce aux torts du mari. Le droit de *djebr* existe pour la vierge qu'elle soit pubère ou non. En contrepartie du droit d'entretien qui incombe au mari, la femme lui doit obéissance et fidélité. Dans cette région, toutes les formes du divorce musulman existent. Enfin, la coutume reconnaît à la femme le droit de fuite, qu'elle soit jeune fille, mariée, veuve ou divorcée. Celui dont elle réclame l'intervention devient son protecteur et doit s'employer à préserver au mieux ses intérêts. Cf. Lieutenant TURBET « Le droit coutumier des Beni-Ouraïn Cheraga », *RA*, 1932, I, pp. 115-140.

³³⁴ BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, Thèse, Sociologie, Paris, 1977, p. 5.

forte dans certaines tribus comme les Beni M'tir, que la femme faisait partie du patrimoine familial et pouvait ainsi se transmettre dans l'héritage d'un père ou d'un mari décédé³³⁵.

Concernant la nature juridique du mariage berbère, la plupart des auteurs coloniaux assimilent le mariage berbère à un contrat de vente impliquant quelques règles morales et sociales. G. Marcy le définit comme « un contrat solennel synallagmatique comportant la vente au mari par la famille de la femme moyennant un prix qui est débattu entre les parties d'un certain pouvoir d'usage sur la personne de cette femme, concédé à titre exclusivement personnel et viager en vue de la fondation d'un foyer dans des conditions déterminées de dignité sociale et de moralité »³³⁶.

Pour l'âge du mariage, les coutumes du Maroc central autorisent le mariage des filles impubères³³⁷. Toutefois, le jeune mari doit attendre la nubilité de sa femme pour consommer le mariage³³⁸. En cas de non-respect de ce délai, la jeune femme peut alors porter plainte devant la *jma'a* qui a la possibilité de dissoudre le mariage ou de renvoyer la femme dans sa famille pendant quelques mois jusqu'à sa nubilité³³⁹. L'autorisation du père ou du tuteur est obligatoire pour un premier mariage. Comme en droit malékite, le droit de *djebr* ne concerne que la vierge, à l'exclusion de la veuve et de la divorcée. Cette règle s'applique notamment dans les plaines du nord (Zemmour, Zayan...), mais elle est nuancée par un droit de fuite très développé. Aucune trace de ce droit n'existe dans la partie orientale du Haut Atlas (Aït Atta et Aït Yahya, Aït Haddidou). Dans cette région, la jeune fille choisit librement son époux et les parents ne peuvent la contraindre à se marier³⁴⁰. Sur ce dernier point, il est clair que la coutume est plus favorable aux femmes que le *chraa*.

La coutume varie d'une tribu à l'autre en matière de douaire³⁴¹. Toutefois, l'homme qui n'a pas les moyens financiers pour payer un douaire peut, en devenant *amhras*, se marier par le biais d'un contrat mixte de mariage et de travail. Le jeune travailleur (*amhras*) se

³³⁵ MARTY P., « L'orf de Beni M'tir », *Revue des études islamiques*, 1938, p. 481. Cité par *ibid.*, p. 96.

³³⁶ MARCY G., « Le mariage en droit coutumier Zemmour », *RA*, 1930, p. 86.

³³⁷ Les coutumes de Aït Yahya et Aït Haddidou aménagent une possibilité pour l'époux impubère de rompre les liens du mariage dès qu'il atteint la puberté. Cf. CADN, Direction des Affaires Politiques, 1 MA/285/72, Coutumes des Aït Yahia, folio. 95 ; BOUSQUET G-H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *Annales de l'Institut d'Etudes Orientales*, 1956, XIV, p. 135.

³³⁸ ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, 2^e édition, A. Moynier-Casa, Fez, 1946, p. 111.

³³⁹ DENAT M., « Coutumes berbères Ichkern : la dissolution du mariage », *RMD*, juin 1951, p. 246.

³⁴⁰ CADN, DAP 1 MA/285/72, Coutumes des Aït Yahia, fol. 94 ; BOUSQUET G-H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *op. cit.*, p. 132.

³⁴¹ Cf. BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, *op.cit.*, p. 78-79.

marie avec la fille ou la sœur de l'adoptant en échange du travail fourni et sans payer de douaire. Cette pratique est répandue dans les régions agricoles, notamment à Tadla et au nord du Moyen Atlas (Zemmour, Zayan, Beni m'tir, Beni Mguild, Ighezrane, Ichkern). Il semble cependant peu connu dans le Haut Atlas oriental (Aït Haddido et Aït Morrhdnes). Une fois le délai prévu dans le contrat est expiré, la femme est libre de le quitter. Elle peut retourner avec ses enfants chez le chef de tente³⁴².

Une fois mariée, la femme doit une entière obéissance à son mari³⁴³. Celui-ci peut même frapper sa femme afin de se faire respecter. La correction doit cependant être légère et ne dépassant pas une certaine limite raisonnable³⁴⁴. Aussi, la femme berbère a un devoir de travail envers son époux. En plus de s'occuper de la tente familiale, la coutume l'oblige à aider son mari dans les travaux agricoles. Si l'épouse est paresseuse ou incapable d'accomplir les tâches qui lui étoient, le mari peut la répudier et chercher une autre femme plus apte³⁴⁵. De même, la femme doit être fidèle à son mari. La question de l'adultère varie selon les tribus. Tout en étant une cause de divorce, certaines tribus comme les Beni M'tir, les Zayan et les Zemmour, exigent que l'amant paye une amende (*tarda*) au mari trompé³⁴⁶.

De plus, même en cas de suspicion d'adultère, le mari peut recourir au droit de l'*adad* (mise à l'index). C'est une prérogative originale qui permet à l'époux qui répudie sa femme de lui interdire de se marier avec la personne qu'il soupçonne d'être son amant. La plupart des coutumes accordent au mari la possibilité de choisir plusieurs personnes et les intéressés peuvent d'ailleurs racheter cette interdiction³⁴⁷. Par exemple, cette interdiction est limitée à

³⁴² BENDAOU, « L'adoption des étrangers par contrat mixte de mariage et de travail chez les Beni M'guild », *RM*, 1935, n° 1, p. 34.

³⁴³ CADN, DAP, 1 MA/285/72, Coutumes des Aït Yahia, folio. 107 et BOUSQUET G-H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *op. cit.*, p. 137 et BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, *op. cit.*, p. 96.

³⁴⁴ Les violences légères pratiquées par le mari sont licites si elles ont été provoquées par la conduite de la femme. Par violences légères il faut entendre celles qui ne laissent pas de traces sur le visage. Cf. CADN, DAP 1 MA/285/72, Coutumes des Aït Yahia, folio. 106 et BOUSQUET G-H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *op. cit.*, p. 137 et BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, *op. cit.*, p. 96-97.

³⁴⁵ ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, *op. cit.*, p. 308 et BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, *op. cit.*, p. 97.

³⁴⁶ BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, *op. cit.*, p. 97.

³⁴⁷ Marcy rapporte au sujet du rachat de cette interdiction chez les Zemmour « On conçoit que l'époux qui a levé cette interdiction puisse la retirer de son plein gré si le coupable vient à faire amende honorable et laver son affront par une indemnité et le sacrifice d'un mouton. Le mari est libre d'accepter cet « a'ar », mais on n'admet pas qu'il se cantonne dans un refus définitif » (MARCY G., « Le mariage en droit coutumier Zemmour », *op. cit.*, p. 51). Chez les Aït haddidou, Bousquet nous indique que « l'homme contre qui une telle interdiction est prononcée et qui épouserait l'ex-épouse aurait à payer à l'ex-mari, une indemnité de 1000 à 2000 francs et serait

trois hommes chez les tribus Aït Haddidou, alors que chez les Aït Morrhad une différence existe entre la femme répudiée qui était vierge au moment du mariage et celle qui ne l'était pas. Dans le premier cas, le mari a le droit de désigner trois hommes, et chaque année, l'un d'eux sort de la liste et la femme peut l'épouser (sauf le premier désigné). Pour une femme épousée non vierge, le mari ne peut désigner qu'un seul homme, et dans ce cas, l'interdiction est définitive³⁴⁸.

Une fois divorcée, la femme acquiert plus de liberté. Ainsi, elle peut, sans pour autant être déshonorée, participer à l'*ahidus* (forme de danse interdite aux femmes mariées). Contrairement à la vierge, elle a la liberté de choisir l'homme qui lui convient et ne peut être donnée au mariage contre son gré³⁴⁹. Quant à la veuve, elle peut devenir chef de tente et acquérir une personnalité civile à part entière. Pour devenir chef de tente, la veuve doit avoir des enfants mâles et être investie dans ses fonctions par la *jma'a*³⁵⁰. Elle devient aussi la tutrice de ses enfants jusqu'à leurs majorités. La femme chef de tente ne peut pas se marier, mais la coutume lui permet d'avoir un *amazzal*. Un concubin qui vit avec elle et travaille pour son compte, sans avoir le statut d'un époux³⁵¹.

Si chez les Zayanes le droit de garde de la mère subsiste jusqu'à que l'enfant ait atteint l'âge de deux ans³⁵², il n'en est pas de même chez les Aït Haddidou. Chez ses derniers, la femme n'a aucun droit à la garde de ses enfants. Dans la tribu Ou Terbat par exemple, c'est au septième jour que la mère doit rendre son enfant³⁵³. Toutefois, depuis la soumission des Aït Haddidou et l'instauration des tribunaux coutumiers, la femme répudiée garde son enfant jusqu'à l'âge de 2 ans³⁵⁴. Elle le nourrit à son compte. Le père ne paye aucune « pension alimentaire », il donne seulement quelques vêtements pour son fils. La mère peut refuser d'allaiter son fils, et dans ce cas le remet au père qui doit trouver une nourrice³⁵⁵.

tué en cas de non-paiement...Un montant extrêmement élevé pour des gens aussi pauvres », (BOUSQUET G-H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *op. cit.*, p. 149).

³⁴⁸ BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, *op. cit.*, p. 66.

³⁴⁹ *Ibid.*, p. 101.

³⁵⁰ *Ibid.*, p. 102.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 103.

³⁵² ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, *op. cit.*, p. 136.

³⁵³ BOUSQUET G-H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *op. cit.*, p. 151.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 152.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 185.

Le statut inférieur de la femme berbère est tempéré par deux acquis originaux : l'initiative de la femme en matière de divorce dans le Haut Atlas oriental et le droit de fuite exercé dans la partie nord du Maroc central.

b. ...tempéré par quelques institutions favorables aux droits des femmes

En règle générale au Maroc central, le droit de répudiation appartient à l'époux³⁵⁶. Quant à la femme, elle peut demander le divorce auprès de la *jma'a* pour impuissance du mari, pour son absence prolongée³⁵⁷, ou pour sévices injustifiés. Néanmoins, cette dissolution comporte toujours le remboursement du douaire payé par le mari³⁵⁸. En cas de sévices injustifiés, la règle de remboursement du douaire joue exclusivement en faveur du mari « plutôt que de répudier sa femme, il la maltraite et il la brutalise jusqu'à ce que celle-ci lassée de ces sévices prenne la fuite et réclame le divorce, lui permettant ainsi de récupérer son douaire »³⁵⁹.

Cependant, dans le Haut Atlas oriental (Aït Haddidou, Aït Morrhad et dans certaines fractions Aït Atta) la femme n'a pas besoin d'invoquer de motif pour divorcer. Ici la femme peut se délier du mariage, par sa seule volonté et à tout moment. Ce divorce prend la forme d'une répudiation prononcée par le mari qui ne peut jamais refuser. C. Bruno nous rapporte que chez les Aït Atta du Rteb, si le mari est récalcitrant, la *jma'a* l'oblige à s'exécuter en le menaçant de mort³⁶⁰.

Ce droit a contribué, à certaines époques, à une forme de « précarité » des unions. Denat rapporte qu'à l'époque de la *siba* une femme avait au moins huit époux au cours de sa vie conjugale et cite l'exemple de trois jeunes femmes qui ont divorcé après deux jours de mariage³⁶¹. De même, G.-H. Bousquet constate que certains mariages durent parfois très peu de temps chez les Aït Haddidou. Il cite à titre d'exemple deux mariages célébrés chez

³⁵⁶ Pour empêcher un abus de ce droit, la coutume oblige le mari (sauf en cas de faute de la femme) à payer une compensation qui varie selon les tribus.

³⁵⁷ Sauf chez les Aït Haddidou, « l'absence du mari est en principe un obstacle à la dissolution du mariage. Alors que la femme a toute facilité pour obtenir celle-ci lorsque son mari est présent, la coutume répugne très nettement à permettre la dissolution du mariage si le mari est absent » (BOUSQUET G.H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *op. cit.*, p. 150).

³⁵⁸ BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, *op. cit.*, p. 131.

³⁵⁹ *Ibid.*

³⁶⁰ BRUNO C., « La rupture du lien conjugal par la volonté de la femme chez les Aït Atta du Rteb », *GTM*, n° 940, 16 octobre 1943, p. 449-450. Cité par *ibid.*, p. 132.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 134.

les Aït Brahim de l'Asif Melloul, et qui n'ont duré que quelques semaines³⁶². Lorsqu'il en est ainsi, la femme n'a droit à aucune indemnité, même pour adultère du mari, coups et blessures de sa part, injures graves, ou impuissance temporaire³⁶³.

Parallèlement, une institution originale existe chez les Ichkiren : le mariage sans paiement de douaire. Elle permet à la femme mariée d'obtenir le divorce dès qu'elle le désire. Il suffit de déclarer au moment de la cérémonie du mariage que la femme aura la liberté de demander le divorce³⁶⁴.

Comme en Kabylie, le droit de fuite constitue pour la femme berbère, appartenant à la partie nord du Maroc central, le seul moyen pour exprimer son refus d'un mariage forcé ou pour fuir les sévices d'un mari³⁶⁵. Dans ce dernier cas, elle se réfugie généralement chez ses parents³⁶⁶.

Parfois, il arrive que la femme en fuite se réfugie chez un tiers non-parent. L'homme ainsi sollicité est contraint par son honneur d'accueillir la femme et dans certaines tribus on considère même qu'il est obligé de l'épouser³⁶⁷.

Quant au mari délaissé, il peut reprendre sa femme en payant une amende honorable et en égorgeant un mouton devant la tente du protecteur. Si ces formes ont été accomplies, mais la femme refuse toujours de suivre son mari, la coutume considère l'intervention du tiers comme un véritable adultère et le protecteur est aussitôt condamné par la *jma'a* à payer la *tarda* au mari. Si le mari ne réagit pas, laissant s'écouler une période dépassant le délai de viduité reconnu par la coutume, son droit d'usage sur la femme se trouve alors prescrit³⁶⁸.

Ce droit de fuite est inconnu dans le Haut Atlas oriental puisque dans cette région la femme bénéficie de prérogatives illimitées en matière de divorce.

Nous venons d'exposer la situation des femmes au Maroc central. Qu'en est-il de la situation des femmes d'origine shlouh ?

³⁶² BOUSQUET G.H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *op. cit.*, p. 147-148.

³⁶³ CADN, DAP, 1 MA/285/072, DENAT M., « Droit coutumier berbère des Aït Haddidou- Aït Yazza de l'Assif Melloul », fol. 180.

³⁶⁴ DENAT M., « Coutumes berbères Ichkern : la dissolution du mariage », *op. cit.*, p. 202.

³⁶⁵ BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, *op. cit.*, p. 121

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 122.

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ *Ibid.* p 123.

2. La femme berbère dans le pays shlough

Nous désignons par « pays shlough » le groupe de personnes qui parle *teshelhite*. Il comprend, par conséquent, le Sous, l'Anti-Atlas et la partie occidentale du Haut Atlas.

De toutes les régions berbères du Maroc, le pays shlough semble être le plus infiltré par l'islamisation comme en témoigne le nombre de *zaouias* et d'écoles coraniques qui y sont implantées. Aussi, le Sud marocain a été le point de départ de la plupart des mouvements religieux et politiques ayant gouverné le Maroc³⁶⁹. Les institutions du mariage et du divorce s'inspirent largement du *fikh*. Cependant, il existe de multiples divergences avec le droit musulman.

En effet, la coutume du pays shlough méconnaît le droit de *djebr*. Le consentement au mariage de la fille nubile, vierge ou déflorée est toujours requis. La coutume refuse au père le droit de contrainte, même si la future est encore impubère³⁷⁰. La présence du tuteur matrimonial demeure toutefois obligatoire au moment du mariage³⁷¹.

Les Sousis pratiquent un contrat original, appelé l'*amerwas* : le mari s'engage à verser une somme d'argent à sa femme en cas de dissolution du mariage. Cette somme est fixée par la coutume de chaque tribu et varie d'une tribu à l'autre³⁷². Elle est également variable selon l'état physique de l'épouse -vierge ou déflorée-, et suivant le lieu de résidence choisi par l'époux. La vierge a droit à la totalité de l'*amerwas* coutumier, tandis que la femme déflorée a droit seulement à la moitié. Il est de coutume que la femme qui se marie en dehors de sa tribu ait droit au double de l'*amerwas* en usage dans son pays³⁷³.

La règle coutumière la plus audacieuse appliquée par la justice berbère dans le pays Sous, et qui va vers l'émancipation de la femme, est la coutume dite de *tamazalt* qui

³⁶⁹ Nous citons, par exemple, les Almoravides ou les Almohades.

³⁷⁰ « Le droit d'imposer mariage à une jeune fille n'existe pas. Nul ne peut user du droit de contrainte sur la personne d'une jeune fille, s'il est établi que celle-ci s'oppose à une union non acceptée ». La coutume Nfifa Cité par LAFOND J., *Les sources du droit coutumier dans le Sous*, *op.cit.*, p. 27.

³⁷¹ « Si un père n'est pas d'accord avec sa fille sur le choix de son époux, il ne peut refuser de la marier. Dans ce cas, si la fille tient à l'homme qu'elle a choisi, elle recherchera un tuteur pour la donner en mariage. Si elle ne peut trouver ce tuteur parmi ses frères, ni parmi ses proches parents, elle peut désigner elle-même un oukil qui agira en son nom. Ce cas est prévu par l'Orf » (Coutume des Aït Souab, *op. cit.*, p. 27).

³⁷² BERQUE J., *Structures sociales du Haut Atlas*, *op. cit.*, p. 342.

³⁷³ LAFOND J., *Les sources du droit coutumier dans le Sous*, *op. cit.*, p. 28.

accorde à la femme divorcée ou à la veuve la moitié des biens acquis³⁷⁴ durant la période du mariage, avant tout partage, à condition que le mariage ait existé depuis plus d'un an³⁷⁵.

Si les auteurs coloniaux sont unanimes à considérer que cette règle est purement coutumière, le professeur Raja Naji-el Mekkaoui réfute cette thèse. Selon cette dernière, ce principe est très ancien et puise sa source directe ou indirecte dans le Coran, la *Sunna* et les traditions, mais il aurait disparu du droit musulman. Des siècles après l'avènement de l'Islam, les *oulémas* du pré-rif (*Jbala*) ont reproduit ce principe³⁷⁶. Effectivement, au XV^e siècle, un *fkih* de Chaouen (Ibn Aradoun) rédigea une consultation juridique préconisant que la moitié de la fortune du mari revienne à l'épouse en cas de répudiation et de décès et en compensation du travail fourni³⁷⁷.

Dans la suite de son raisonnement, R. Naji-el Mekkaoui explique la propagation de la règle du partage des biens acquis pendant le mariage, par le fait qu'il y a une similitude entre la région de *Jbala* et de *Sous* en plusieurs aspects (géographie peu clémente, mode de vie, coutumes engageant les femmes dans des travaux durs, forte présence des écoles coraniques, épanouissement des sciences religieuses...). Aussi des contacts entre les *oulémas* des deux régions ont eu lieu et par le biais de l'*ijtihad* les *foukahas* soussis ont adhéré au principe de la répartition des biens accumulés pendant le mariage³⁷⁸.

Concernant la dissolution du mariage, « la répudiation prononcée par l'homme est toujours définitive. La libération de la femme est consacrée par la délivrance d'un document *tabrat* qu'elle exige souvent par la voie judiciaire, en même temps que sa part d'acquêt. La femme peut, comme dans le *fikh*, demander judiciairement la dissolution du mariage pour motif (sévices, impuissance, etc.), soumis à l'appréciation des magistrats. Mais une originalité en Seksawa est qu'elle peut l'obtenir sur simple incompatibilité, ce qui

³⁷⁴ Toutefois si plusieurs personnes ont contribué à la fructification, l'épouse répudiée a droit à la part proportionnelle au nombre des ayants droits. Cf. CADN, DAP, 1 MA/285/072, Capitaine Picardet, contribution à un guide de la justice berbère (coutumes chleuhs), octobre 1938, p. 19.

³⁷⁵ *Op. cit.*, p. 17.

³⁷⁶ NAJI ELMEKKAOUI R. *La Moudawana : le référentiel et le conventionnel en harmonie*, tome II, la dissolution du mariage, Rabat, édition et impression Bouregreg, 2009, p. 190.

³⁷⁷ Cf. DIALMY A., « Un fquih marocain et les droits de la femme au XVI^e siècle », *Lamalif*, n° 180, septembre 1986, p. 65 et s.

³⁷⁸ NAJI ELMEKKAOUI R. *La Moudawana : le référentiel et le conventionnel en harmonie*, *op. cit.*, p. 193.

constitue une originalité exorbitante par rapport au *fikh* »³⁷⁹. Enfin, l'institution de la mise à l'index existe également dans le pays shlouh³⁸⁰.

Après avoir exposé les coutumes berbères en matière familiale, et étant donné que les israélites, à l'instar des berbères, ont également leur droit spécifique, il est nécessaire, de se pencher sur les règles de leur statut personnel au Maroc.

§2- Le droit de la famille israélite : droit d'essence religieuse avec subsistance des coutumes locales

Même appartenant à des ethnies diverses, les Marocains de confession juive, vivant sous le protectorat, étaient restés très attachés à la coutume de Castille dans leur application du droit mosaïque. En effet, le droit mosaïque est fondé sur deux sources principales : la Thora (Pentateuque), et ses commentaires rassemblés dans la *Mischna* (tradition lévitique). Cette dernière est commentée à son tour par les deux écoles de Babylone et de Jérusalem. Au XII^e siècle, une troisième école vit le jour en Allemagne. Son fondateur Jacob écrivit les *Tourins*. En se contentant de résumer le Talmud et les Tourins, Joseph Caro formula au XVI^e siècle le « Code de Caro ». Cet œuvre est devenu la référence pour les juifs de la péninsule ibérique, et à leur expulsion de l'Espagne, les rabbins firent rédiger au Maroc une réforme de ce Code, dite « réforme des exilés » ou « coutume de Castille », qui différait du Code de Caro, sur certains aspects notamment en matière de mariage et de régime successoral³⁸¹. Dans leur réforme, les rabbins expulsés considèrent le mariage comme obligatoire, la polygamie autorisée, mais pas recommandée, et la répudiation très largement facilitée. Par conséquent, qu'en est-il exactement de la situation de la femme juive marocaine ?

La condition juridique de la femme juive, sous le protectorat, ne diffère pas vraiment de celle de la femme marocaine en général. En effet, la jeune fille juive se marie souvent très jeune (à partir de 10 ans) et son éducation se fait entièrement au sein de la famille, par les rapports et les contacts avec les autres femmes³⁸². Communément illettrée, c'est à la

³⁷⁹ BERQUE J., *Structures sociales du Haut Atlas*, op. cit., p. 343.

³⁸⁰ « Dans toutes les tribus du Dren et du Lekst (Grand et Anti-Atlas), une ancienne coutume permettait au mari de faire dresser, dans ce cas, par acte notarié, une déclaration par laquelle il désignait à l'avance celui qu'il soupçonnait de détourner sa femme. Si après répudiation, celle-ci épousait effectivement l'homme désigné, le mari joué pouvait contraindre le séducteur à lui payer tous les frais nécessaires à la célébration de nouvelles noces. Une amende était également infligée au séducteur par les *Inflas* » (LAFOND J., *Les sources du droit coutumier dans le Sous*, op. cit., p. 42).

³⁸¹ LUCHAIRE F., *Manuel du droit d'outre-mer*, Paris, recueil Sirey, 1949, p. 574.

³⁸² ZAFRANI H., *Les juifs d'Andalousie et du Maghreb*, Paris, Maisonneuve et Larose, 2002, p. 314.

femme juive que reviendra de veiller aux soins du ménage et le soin de faire respecter les lois et les traditions relatives à la bonne tenue d'une maison juive (la *kashrut*). C'est à elle de veiller à la bonne application des règles religieuses. Par exemple, celles relatives à *Shabbat* et aux grandes fêtes ou encore celles concernant les interdits alimentaires³⁸³. La pratique d'un métier ne lui est pas interdite. Les chanteuses et conteuses professionnelles sont invitées aux fêtes de famille et les pleureuses aux veillées funèbres. Les femmes sont aussi « les marieuses » et des sages-femmes (*qabla*). Un métier honorable et indispensable dans les sociétés maghrébines³⁸⁴.

Dans ces sociétés patriarcales, il faudra préciser que le rôle de la femme israélite marocaine n'était pas aussi effacé. Par exemple, dans les grandes villes comme Fez, Meknès, Marrakech ou Essaouira, les femmes âgées israélites étaient parfois des confidentes, des conseillères de la femme du *Pacha* de la ville, voire de la reine mère au Palais Royal de Rabat³⁸⁵. Aussi, les femmes ne sont pas partout analphabètes. En effet, à Tanger et à Tétouan, la jeune fille est capable de lire le texte hébraïque de prière avec la traduction en judéo-espagnole³⁸⁶.

En matière de droit de la famille, les règles qui régissent la femme juive sont basées d'une part sur le régime traditionnel dit talmudique (A) et d'autre part sur les réformes qui lui ont été apportées par la suite et plus particulièrement sous le régime castillan (B). Ces réformes tardives ont pu libérer la femme des inconvénients d'autrefois et ainsi apporter quelques améliorations au statut de la femme juive marocaine.

A. Le régime rabbinique traditionnel

À l'origine, la jurisprudence hébraïque marocaine était fondée sur l'ancien droit talmudique, complété ou corrigé par les coutumes locales. Après la *reconquista* et l'arrivée des expulsés d'Espagne, ce droit autochtone cohabitait avec les *taqqanot* (ordonnances) castillanes, qui réussissent à le pénétrer progressivement et finissent par s'imposer à l'ensemble des populations juives marocaines de toutes origines³⁸⁷.

³⁸³ *Ibid.*

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 314.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 315.

³⁸⁶ *Ibid.*

³⁸⁷ ZAFRANI H., *Deux mille ans de vie juive au Maroc*, Paris, Maisonneuve, 1998, p. 78.

Nous allons aborder au préalable les sources des règles qui régissent la condition juridique de la femme juive au Maroc (1), pour étudier ensuite les dispositions de la loi hébraïque traditionnelle en matière familiale (2).

1. Les sources des règles juridiques en matière familiale

Les règles qui régissent la condition juridique de la femme juive au Maroc se trouvent éparpillées dans plusieurs sources. Nous pouvons citer la Bible, le Talmud, les Codes juifs, la coutume locale traditionnelle (le *minhag*) et les ordonnances (les *taqqanot*).

C'est dans la Thora que nous trouvons l'essentiel des règles du droit israélite. Ainsi les empêchements au mariage sont annoncés dans le Lévitique (chapitres 18 et 19), la répudiation et le lévirat dans le Deutéronome (chapitre 24). Tandis que dans le Talmud³⁸⁸, il existe dans une partie de la *Michna*³⁸⁹ (le *Seder Nashim*) quelques dispositions relatives au mariage, au divorce, au lévirat et aux rapports mutuels des époux. La troisième source est constituée par les codes, dont le plus important est le *Shulan 'Arukh* (Code de Joseph Caro, XVI^e siècle), qui est venu codifier et unifier les solutions multiples et souvent contradictoires des jurisprudences antérieures³⁹⁰. Son œuvre juridique est divisé en quatre livres dont deux traitent la condition juridique de la femme, le *Eben Ha Ezer* et le *Hochen Hamispath*. Le premier livre comprend les différents traités existants : les unions, le mariage, le contrat de mariage, la répudiation et le lévirat. Le second traite plus particulièrement des successions, des donations et de la tutelle³⁹¹.

Les rabbins marocains appliquent également, dans toutes les questions relatives au statut personnel, les traditions locales qui se sont perpétuées à travers les siècles. Aussi, les grands rabbins réfugiés (*Méghorachim*) s'inspirant des coutumes et des traditions qui avaient été les leurs en Espagne, ont élaboré à leur arrivée au Maroc, en 1492, plusieurs *taqqanots* (ordonnances) qui ont été par la suite acceptées et promulguées par les communautés des expulsés de Castille au Maroc³⁹².

³⁸⁸ « Le Talmud est une vaste encyclopédie, une compilation des lois et des opinions de la doctrine. Il se compose en deux parties : la *Michna* et la *Guémara* ». MALKA E., *Essaie sur la condition juridique de la femme juive au Maroc*, Paris, Librairie générale du droit et de la jurisprudence, 1952, p. 18.

³⁸⁹ « La *Michna* est l'ensemble de l'enseignement oral tel qu'il avait été développé par les « *Tannaim* », répétiteur de la loi jusqu'à la fin du II^e siècle après J.C. Elle a été complétée, révisée et classée par écrit par Rabbi *Juda Hakadoch* (le saint) qui vivait vers l'an 135 à 210. Elle se divise en deux parties appelées « *SEDARIM* » ». *Ibid.*

³⁹⁰ ZAFRANI H., *Les juifs d'Andalousie et du Maghreb*, Paris, Maisonneuve et Larose, 2002, p. 200.

³⁹¹ MALKA E., *Essaie sur la condition juridique de la femme juive au Maroc*, *op. cit.*, p. 19.

³⁹² *Ibid.*, p. 20

Enfin, pour tenir compte des évolutions des mœurs, les rabbins juges du Maroc, ont édifié et rajouté une cinquième source : les nouvelles *taqqanots*. Il s'agit de « taqqanots » tardives qui ont été rédigées en 1947-1948-1949 et 1950 par les grands rabbins du Maroc. Ces ordonnances sont relatives à la séduction, à la rupture des fiançailles, au lévirat, au divorce et au régime successoral³⁹³. Elles ont largement contribué à l'amélioration de la situation de la femme juive au Maroc.

Nous avons énuméré les sources des règles en matière familiale, il reste à préciser ces règles en cas de mariage et de divorce.

2. Le mariage et le divorce en droit hébraïque

La famille juive, patriarcale par essence, est le socle fondateur de la société. Le caractère religieux du mariage juif est fortement marqué. Il est considéré comme une des recommandations les plus importantes de la Bible : « Croissez et multipliez. Il n'est pas bon que l'homme soit seul, je veux lui adjoindre une aide ». Sur la base de ce texte de la *Genèse*, le Talmud considère le mariage comme un acte religieux auquel ne peut se soustraire aucune créature humaine³⁹⁴. La législation biblico-rabbinique considère le mariage comme le premier devoir de l'homme. Les israélites, homme ou femme ne peuvent en principe se marier qu'avec des coreligionnaires³⁹⁵. Le droit de contrainte matrimoniale existe également chez les israélites (*Genèse*, chap. 24), mais elle concerne aussi bien les garçons que les filles. Par la suite, le consentement des futurs époux est requis dès leur puberté fixée pour l'homme à 13 ans et un jour et pour la femme à 12 ans et six mois³⁹⁶. C'est l'âge à partir duquel les israélites marocains peuvent contracter un mariage³⁹⁷. Néanmoins, les enfants peuvent se marier avant cet âge si les symptômes de la puberté ont fait leur apparition prématurément. Notons qu'en raison de l'évolution des mœurs, dans les années cinquante, les tribunaux rabbiniques du Maroc aidés par les comités des communautés ont abouti à une réglementation interdisant le mariage à l'âge ainsi indiqué³⁹⁸.

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*, p. 24.

³⁹⁵ La loi mosaïque interdit spécialement à toute juive d'épouser un non juif quel qu'il soit.

³⁹⁶ ZAGOURI A., *Du mariage en droit hébraïque*, Paris, LGDJ, 1960, p. 22.

³⁹⁷ Le mariage des impubères a été interdit par les tribunaux rabbinique, suite à l'adjonction aux lois mosaïques et talmudiques des *taqqanots* récentes qui s'efforcent d'adapter la législation aux situations nouvelles.

³⁹⁸ MALKA E., *Essaie sur la condition juridique de la femme juive au Maroc, op cit.*, p. 24.

Au moment du mariage, La *ketubbah*, ou le contrat de mariage fixe le montant de la dot légale à laquelle s'ajoute l'apport de l'épouse. On pourra même apporter, par la suite et sous commun accord des modifications ayant pour objectif généralement de mieux protéger les intérêts de la femme³⁹⁹.

Pendant le mariage, les époux ont le devoir de cohabitation et d'avoir des rapports sexuels. Comme en droit musulman, le mari, doit entretenir sa femme (nourriture, vêtements, habitat...), en contrepartie, l'épouse doit le suivre, lui réserver le fruit de son travail, lui obéir et de se purifier après ses menstrues (*niddah*). La monogamie était la règle et la polygamie l'exception. Le droit talmudique autorise la polygamie sous certaines conditions⁴⁰⁰. Les riches, les princes, plus généralement, les puissants avaient, souvent plusieurs femmes. En cas de veuvage, le *lévirat* désigne l'obligation imposée au *levir* (frère du mari) d'épouser la veuve de celui-ci. En hébreu, le *levir* se nomme *yabam* ; la veuve, sa belle-sœur, *yebama*. Historiquement, c'est une institution de droit mosaïque qui veut que lorsqu'un israélite meurt sans enfants, et afin de conserver le patrimoine familial, le frère aîné doive épouser la veuve du défunt et hérite de tous ses biens. Le refus de la femme de se conformer à la loi prescrivant le lévirat est sanctionné tant par la doctrine que par la jurisprudence constante des tribunaux rabbiniques du Maroc.

« Que personne ne trahisse la femme dans sa jeunesse, car je hais la répudiation »⁴⁰¹ dit le Seigneur, le Dieu d'Israël. Comme en droit musulman, ici la répudiation est un acte détesté par dieu et conféré exclusivement au mari. Malgré les tentatives des rabbins, de limiter l'exercice de ce droit exorbitant, les motifs qui peuvent être invoqués par le mari sont divers : refus de cohabitation, malformation physique, stérilité, refus de la femme de suivre son mari...⁴⁰²

De son côté, l'épouse peut également demander le divorce, en invoquant un motif sérieux. Elle saisit le tribunal rabbinique qui contrôle le fondement du motif allégué et ordonne au mari de donner à son épouse la lettre de divorce ou « lettre de *gueth* ». Le Code de Joseph Caro fixe un certain nombre de cas dans lesquels la femme peut s'adresser au

³⁹⁹ ZAFRANI H., *les juifs d'Andalousie et du Maghreb*, op. cit., p. 319.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 202.

⁴⁰¹ Cité par ZAGOURI A., *Le divorce d'après la loi talmudique chez les Marocains de confession israélite et les réformes actuelles en la matière*, Paris, LGDJ, 1958, p. 24.

⁴⁰² ZAFRANI H., *Deux mille ans de vie juive au Maroc*, Paris, Maisonneuve, 1998, p. 92.

rabbin-juge et demander le divorce. Nous pouvons citer à titre d'exemple le défaut d'entretien, l'abandon du domicile conjugal, les excès et sévices, l'impuissance du mari...

Étant donné, que la nullité du mariage est très peu précisée en droit hébraïque, le divorce est obligatoire à chaque fois qu'une nullité de mariage paraît s'imposer. Ces cas obligatoires sont au nombre de quatre : l'adultère, même s'il n'y a pas eu constat de flagrant délit, l'isolement de la femme avec un homme soupçonné suffit ; le mariage d'un Cohen (descendant de la race sacerdotale) avec une femme divorcée ou avec celle qui s'est fait passer pour vierge ; le mariage entre parents à un degré prohibé ; et enfin lorsqu'il y a absence de l'une des conditions de validité de mariage⁴⁰³.

Un écrit est nécessaire pour pouvoir répudier sa femme. La femme n'est valablement divorcée que lorsqu'elle a reçu le « *gueth* » de son mari. Le rabbin-juge ne peut prononcer lui-même le divorce. En profitant de son droit de remettre lui-même le *gueth*, l'époux essaye de retarder le plus longtemps possible l'action dirigée contre lui et ainsi porter préjudice à sa femme. La loi rabbinique imposait des mesures de coercition contre le mari récalcitrant afin de le forcer à donner le *gueth*. Elle le punissait d'anathème ou même la flagellation⁴⁰⁴. À l'époque du protectorat, aucune sanction n'est prévue et aucune réforme n'est intervenue afin de faire cesser ce préjudice subi la femme⁴⁰⁵. Il faudra toutefois noter que la question du refus de la délivrance du *gueth* est encore d'actualité en Israël. Même si la femme obtient une décision judiciaire de divorce, les sanctions pour amener le mari à délivrer le *gueth* sont difficilement appliquées. Elles sont pour la plupart économiques, puisqu'en 1998, seulement deux cas d'emprisonnement ont été enregistrés⁴⁰⁶. Cette question de la délivrance du *gueth* est également soulevée devant les juridictions françaises, qui ne concluent pas nécessairement à leur incompétence en abordant le problème sous l'angle du dommage causé⁴⁰⁷.

La rédaction du *gueth* obéit à un formalisme rigoureux. Notamment l'énoncé des formules et l'orthographe exacte des noms. Si ce formalisme fait défaut et si la femme se remarie, la deuxième union est considérée comme adultérine et les enfants qui en sont nés,

⁴⁰³ MALKA E., *Essaie sur la condition juridique de la femme juive au Maroc*, op. cit., p. 67-69.

⁴⁰⁴ *Ibid.* p. 70.

⁴⁰⁵ *Ibid.*

⁴⁰⁶ RENUCCI F., « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIX^e siècle à nos jours. Le cas de refus de délivrance du *gueth* en droit interne », dans DAUCHY S., et DEMARS-SION V., (dir.), actes de la journée d'étude sur « *La résolution des conflits familiaux* » (Lille, mai 2007), Lille, CHJ éditions électronique, 2011, p 49. <https://www.academia.edu>.

⁴⁰⁷ *Ibid.*

sont déclarés illégitimes. Au Maroc colonial, la remise du *gueth* a lieu généralement dans une synagogue en présence des deux époux, d'un rabbin-juge, d'un rabbin-notaire et de deux témoins⁴⁰⁸.

Parallèlement à ces quelques innovations prises par les grands rabbins du Maroc, deux mesures révolutionnaires et protectrices des droits des femmes ont été introduites par le régime castillan : la communauté légale et la restriction de la polygamie.

B. Les innovations du régime matrimonial « castillan »

Le régime matrimonial castillan est « l'ensemble des règles de droit qui gouvernent, quant au statut des personnes et des biens, la cellule conjugale ou familiale et que les *megorashim* « expulsés » d'Espagne avaient connu dans leur pays d'origine. Ces règles forment la matière de la première *taqqanah* promulguée à Fès en 1494 confirmée et précisée en 1497 modifiée en 1545 »⁴⁰⁹. D'autres règles du droit familial ont été créées dans ce qu'on a appelé la nouvelle ordonnance et le Nouvel et Dernier *Consensus Omnium*⁴¹⁰.

L'originalité du régime matrimonial castillan se manifeste notamment dans l'introduction de deux dispositions nouvelles qui améliorent significativement la condition féminine et qui n'existaient pas auparavant sous le régime traditionnel en vigueur dit talmudique : l'institution d'une communauté légale entre les époux en cas de décès de l'un d'eux (1) et la restriction de la polygamie (2).

1. La communauté légale

Les règles de la communauté légale ne s'appliquent qu'en cas de décès de l'un des époux au moment où la succession est ouverte et ne profite qu'à la veuve ou le veuf. La femme divorcée n'est pas concernée par le régime de la communauté légale.

Ainsi, si le mari meurt et au moment de l'ouverture de la succession, le montant de la *ketubbah* dont la femme est créancière légale et tous les biens qu'elle a pu acquérir durant le mariage vont alors avec la fortune entière du mari, constituer le fond commun⁴¹¹.

La règle de la communauté légale ne s'applique pas en cas de divorce. La femme divorcée n'a droit qu'à la *ketubbah* qui correspond à la somme fixée au moment du mariage

⁴⁰⁸ MALKA E., *Essai sur la condition juridique de la femme juive au Maroc, op. cit.*, p. 71.

⁴⁰⁹ ZAFRANI H., *Les juifs d'Andalousie et du Maghreb, op. cit.*, 2002, p. 201.

⁴¹⁰ *Ibid.*

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 202.

et figurant dans l'acte. Cependant, la femme répudiée par un mari agonisant afin de la libérer de l'obligation du lévirat conserve son statut légal de veuve quant au statut des biens⁴¹².

2. La restriction de la polygamie

Dans le droit talmudique des autochtones, la polygamie est autorisée. Toutefois, les futurs beaux-parents peuvent insérer dans le contrat du mariage (*ketubbah*) une clause de monogamie ou la nécessité du consentement de la première épouse pour contracter une seconde union⁴¹³. Il est à remarquer que même avant l'arrivée des immigrants espagnols, la bigamie était peu pratiquée et se limitait à des cas précis, si la première épouse était stérile après 10 ans de mariage par exemple ou si la descendance avait cessé d'exister pendant 10 ans et enfin, quand il y avait lieu d'appliquer la prescription du lévirat⁴¹⁴.

Cette tolérance de la polygamie, qui est une forme de concession aux mœurs et aux usages, a été davantage restreinte par les ordonnances castillanes, datant de 1494 et 1497, qui rendent la condition du consentement préalable de la première épouse comme obligatoire. Ce régime sera appliqué pendant près d'un siècle, mais face à une résistance de l'opinion publique, une *Taqqanot* de 1593, tolère la bigamie sous certaines conditions, conditions qui seront élargies en 1599, quand une nouvelle mesure permet la bigamie lorsque la descendance est exclusivement de sexe féminin⁴¹⁵.

Ainsi les premières ordonnances de 1494 et 1497 qui limitent très significativement le recours à la bigamie, tombent en désuétude, les rabbins du Maroc se trouvent pratiquement dans l'obligation d'entériner des cas d'espèce, de recourir à des compromis voire de le justifier par des artifices juridiques, des situations qui dérogent ouvertement aux règles castillanes⁴¹⁶.

Le périmètre de l'application de la bigamie est étendu et la législation rabbinique postérieure autorise cette pratique en cas de stérilité de la première épouse, pour assurer l'exercice du lévirat, par ce qu'un mari se trouvant loin de sa femme ne peut la rejoindre pour des raisons de force majeure, et enfin par ce que la première épouse est malade⁴¹⁷.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ *Ibid.*, p. 202-203.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 203.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 203.

⁴¹⁶ ZAFRANI H., *Deux mille ans de vie juive au Maroc*, op. cit., p. 83.

⁴¹⁷ *Ibid.*

Maintenant que nous avons eu un aperçu des différentes lois et coutumes appliquées au Maroc avant le protectorat français, il nous faut déterminer si, par comparaison, les autorités coloniales ont voulu et pu transformer ces lois et ces coutumes pour les rapprocher du droit commun français.

CHAPITRE II- UNE VOLONTÉ DE RÉFORME TARDIVE DES STATUTS PERSONNELS ?

En matière de statut personnel, les autorités coloniales n'ont pas cherché à transformer les mœurs et les coutumes à l'instar de ce qu'ils ont tenté en Algérie, où l'on observera quelques tentatives minimales de réforme. Probablement à cause de l'échec de l'expérience algérienne, de l'accueil favorable des conceptions de gouvernement indirect à partir du tournant du siècle au niveau national et international, de la personnalité de certains acteurs essentiels du protectorat, de l'affaiblissement du « parti colonial »⁴¹⁸, les gouvernements français n'ont pas cherché à imposer leur loi au Maroc et ont opté pour une politique « non interventionniste » en matière familiale, privilégiant la stabilité de l'ordre public à leur « mission civilisatrice »⁴¹⁹.

Même si comme nous l'avons déjà évoqué, le rite malékite constituait une sorte de « droit commun » applicable en matière de statut personnel, un certain nombre de coutumes préislamiques continuent à exister. La politique berbère promue par le protectorat a fait en sorte d'accentuer et de favoriser le pluralisme juridique et normatif en matière de statut personnel⁴²⁰.

Étant donné que l'Algérie et la Tunisie, avec lesquelles le Maroc a une proximité géographique et, en partie, culturelle, étaient également sous occupation française, il est opportun de comparer rapidement la politique française en matière du droit de statut personnel dans ces deux pays (section 1), afin de déterminer une éventuelle spécificité de la politique juridique à l'égard du Maroc (section 2).

Section 1- Entre interventionnisme et respect du droit de statut personnel au Maghreb

La colonisation française de l'Algérie n'était pas une expansion d'un coup, elle a dû passer par plusieurs étapes, tout en faisant face à une lutte acharnée de la part des populations locales. À la signature de la convention d'armistice entre le général en chef de l'armée

⁴¹⁸ Terme utilisé par ZAYANI A., « Discours scientifiques du protectorat et conception de la justice en milieu berbère marocain », dans RENUCCI F. et GERARD-LOISEAU S., *Les discours sur le droit et la justice au Maghreb pendant la période coloniale (XIX^e-XX^e s.)*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire éditeur, 2011, p. 153-168. Sur le parti colonial, cf. notamment les travaux de Julie d'Andurain.

⁴¹⁹ NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 124.

⁴²⁰ *Ibid.*

française et le dey d'Alger, du 5 juillet 1830, l'occupation française est limitée à la régence d'Alger. L'ordonnance du 22 juillet 1834 annexe, par la suite, les territoires conquis, en les désignant sous les termes de « possessions françaises dans le nord de l'Afrique ». Ces territoires prennent un peu plus tard l'appellation « d'Algérie »⁴²¹. Favorable au tout début à une occupation restreinte au littoral, la Monarchie de Juillet étend son influence sur le Constantinois, l'Oranie, puis l'Aurès. Seules résistent les montagnes de la Kabylie, qui seront annexées, plus tard, sous le Second Empire, en 1857⁴²².

Ensuite, la France avance progressivement vers les zones sahariennes du sud. Après l'occupation de Laghouat, le gouvernement français établit un protectorat sur le M'Zab, avant de l'annexer en 1882. Puis, les autorités militaires s'installent à In-Salah en 1899, à Igli et à Timimoun en 1900. Enfin un arrangement interministériel détermine, en 1905, les frontières entre les territoires du sud de l'Algérie et l'Afrique occidentale française⁴²³.

Le 24 avril 1881, les troupes françaises franchissent la frontière algéro-tunisienne prétextant de mettre fin aux incursions en Algérie d'une tribu nomade (Kroumirs), pour laquelle l'idée de frontière n'avait aucun sens⁴²⁴. En menant une expédition militaire, les Français arrivent à Tunis et font signer au bey, Sidi Saddok, le 12 mai 1881, le traité de protectorat de Bardo. Ce traité confie à la France les Affaires étrangères, la défense du territoire et la réforme de l'administration. Mais c'est qu'à la signature du traité de *La Marsa* le 8 juin 1883, que la régence ottomane devienne officiellement un protectorat. Ce dernier traité scelle le précédent et donne à la France le droit d'instaurer des réformes administratives, judiciaires et financières.

Que ce soit en Algérie ou en Tunisie, les populations locales sont soumises à un régime confessionnel. Hormis le pénal, la loi applicable dépend de la religion du justiciable. C'est le principe de la personnalité des lois qui est mis en œuvre ici et le droit de la famille relève de la loi personnelle de la personne concernée. En la matière, et dans le cas de l'Algérie, la France a tenté d'intervenir, en donnant la possibilité de se soumettre aux lois françaises, ou en tentant d'élaborer directement un code du droit musulman (§1). Toutefois,

⁴²¹ BARRIERE L., *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Editions Universitaires de Dijon, 1993, p. 2.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ DEPERCHIN A., « Droit et politique dans la construction du discours sur le Protectorat français en Tunisie », dans RENUCCI F. et GERARD-LOISEAU S., *Les discours sur le droit et la justice au Maghreb pendant la période coloniale (XIX^e-XX^e s.)*, op. cit., p. 61.

la Tunisie n'a pas été concernée par ces tentatives d'intervention en matière de statut personnel (§2).

§1- Les tentatives de réforme du droit de statut personnel en Algérie

De 1830 à 1962, l'Algérie s'enfonça dans la nuit coloniale. La famille est recentrée sur elle-même, alors que les rapports entre les sexes demeurent régis par les règles de la *Horma* et du *nif* (honneur) qui induisent la séparation des espaces et la division des tâches⁴²⁵. Mais malgré cette séparation, les femmes participent bien dans la lutte contre le colonisateur. Des femmes se distinguent comme chef de guerre à l'instar de Lalla Fathma de la tribu des Rammaniyya et de Lalla Khadija Bent Belkhacem⁴²⁶.

Sur le plan législatif, les gouvernants français essayent timidement d'attirer la condition de la femme algérienne vers les règles du Code civil. Si ces tentatives ont eu une certaine approbation de la part de quelques réformistes musulmans qui souhaitent une évolution de la condition de la femme sans aller jusqu'à l'identifier à celle de la femme occidentale, un grand nombre de réformistes rejettent l'intervention française en la matière et assimilent le maintien de la condition de la femme musulmane à une forme de résistance⁴²⁷.

Dans les premiers temps de la colonisation algérienne, l'État français a fait en sorte de maintenir le pluralisme juridique existant et était pour un respect total des statuts personnels indigènes. Au fil des années pourtant, ce respect tend à s'amoindrir pour une partie des indigènes : les israélites et les Kabyles. Des tentatives d'assimilation pour ces deux populations ont été relevées (A). Toutefois, France n'a pas voulu assimiler dans les mêmes proportions ou par les mêmes techniques, les Algériens musulmans (B).

A. La politique d'assimilation des juifs et des Kabyles

L'administration coloniale s'était engagée en 1830 à respecter les statuts personnels locaux, mais les impératifs temporels et les options qu'implique l'entreprise coloniale elle-même l'ont poussé à changer sa position et à limiter le contenu et l'application de ces statuts⁴²⁸.

⁴²⁵ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 130.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ Cf. BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 454 et s.

⁴²⁸ *Ibid.*, p. 96-97.

Le statut des indigènes d'Algérie sera précisé par le sénatus-consulte du 14 juillet 1865, qui reconnaît à l'ensemble du peuple conquis la nationalité française. Tout en ayant le statut juridique de « sujets français », les Algériens peuvent, par demande individuelle, devenir des « citoyens français », à condition d'aliéner leur statut particulier et se conformer aux exigences requises par le sénatus-consulte. Ces « citoyens français » jouissent de l'ensemble des droits politiques et les règles de leur statut personnel relèvent du Code civil français⁴²⁹. Cette citoyenneté est acquise dès l'âge de 21 ans par décret impérial rendu en conseil d'État⁴³⁰.

Par ce sénatus-consulte le législateur entend assimiler tous les indigènes algériens, aussi bien sur le plan politique que civil. Concernant les israélites, ce processus d'assimilation est accéléré par le décret Crémieux du 24 octobre 1870. Les juifs algériens sont désormais des citoyens français et perdent ainsi leur statut personnel confessionnel (1). Également, le législateur a tenté d'aménager le statut personnel kabyle (2).

1. La perte de leur statut personnel pour les israélites

Au départ, et pendant les premières années de la colonisation française en Algérie, les israélites indigènes demeuraient assujettis aux juridictions rabbiniques et appliquaient leurs coutumes et leurs lois d'essence religieuse. Cette situation ne va pas durer longtemps. Après avoir limité la compétence des tribunaux rabbiniques aux matières du statut personnel (art. 43 de l'ordonnance de 8 août 1834), une ordonnance du 26 septembre 1842 supprime lesdites juridictions⁴³¹. Les israélites algériens règlent désormais leurs conflits devant les tribunaux français. Dans les matières où le droit mosaïque est applicable, c'est le juge colonial qui est compétent, mais après consultation des rabbins⁴³². C'est le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 qui a permis dans un premier temps à une partie des israélites algériens de renoncer à leur statut personnel propre et de jouir des droits du citoyen français. Mais les israélites algériens n'ont pas adhéré massivement à ce projet d'assimilation.

Après l'échec du sénatus-consulte de 1865, des voix se sont levées, revendiquant l'assimilation complète de tous les israélites algériens, notamment en raison de l'aide qu'ils

⁴²⁹ Cf. BLEVIS L., « Quelle citoyenneté pour les Algériens ? », dans *Histoire de l'Algérie à la période coloniale (1830-1962)*, Paris, La découverte, 2014, p. 352-358.

⁴³⁰ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 97.

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² *Ibid.*

ont apportée aux Français dès le début de la conquête de l'Algérie⁴³³. Effectivement, l'un des décret Crémieux du 24 octobre 1870 impose massivement la citoyenneté française aux israélites. Dorénavant, tous les israélites seront régis par la loi française et deviennent des citoyens français.

Plusieurs arguments sont avancés pour s'opposer au décret Crémieux⁴³⁴, mais finalement ce texte ne sera pas abrogé, il sera simplement interprété dans un sens plus restreint par le décret Lambrecht, du 7 octobre 1871. Il vient préciser la sémantique « Indigène » contenue dans le décret Crémieux. Ainsi, l'article 1^{er} indique : « seront considérés comme indigènes et à ce titre demeurent inscrits sur les listes électorales...les israélites nés en Algérie avant l'occupation française ou nés depuis cette époque de parents établis en Algérie à l'époque où elle s'est produite »⁴³⁵.

Dans la fin des années 1930, pour des raisons politiques et électorales, le gouvernement intervient et promulgue le décret du 16 janvier 1939⁴³⁶, qui assouplit considérablement la règle énoncée dans le décret de 1871, et considère que tout israélite algérien peut se prévaloir de son statut de « citoyen français » et ainsi bénéficier du décret Crémieux si son père ou l'un de ses ascendants en ligne paternelle a été inscrit sur une liste électorale de citoyens français antérieure à celle de l'année en cours⁴³⁷. Quant aux juifs du Mزاب, ils demeurent assujettis à la loi mosaïque, puisque la région saharienne n'a été complètement conquise qu'en 1882 et que le décret Crémieux n'est jugé applicable, par une partie de la jurisprudence, qu'aux départements du nord. Les israélites du Mزاب peuvent toutefois devenir des citoyens français en recourant à la procédure prévue par le sénatus-consulte de 1865⁴³⁸.

⁴³³ L. FOREST, *La naturalisation des juifs algériens et l'insurrection de 1871*, Paris, Société française d'imprimerie et de librairie, 1897, p. 6.

⁴³⁴ Cf. RENUCCI F., « Le débat sur le statut politique des israélites en Algérie et ses acteurs (1870-1943) », *Contributions du séminaire sur les administrations coloniales (2009-2010)*, 2010, pp. 3-4.

⁴³⁵ Décret du 7 octobre 1871, *Journal Officiel (JO)*, 9 octobre 1871, p. 3885.

⁴³⁶ Ce décret est adopté à la suite de la montée de l'antisémitisme et aux événements politiques des années trente notamment à Sidi-Bel-Abbès. Le maire radie des listes électorales en 1938 un nombre important de citoyens israélites. Il est sympathisant du Parti Populaire français (PPF) et s'est fait élire en 1929 sur un programme antisémite. Le juge de paix de Sidi-Bel-Abbès confirme la même année la décision du maire en concluant que les israélites qui ne peuvent justifier de l'autorisation à leurs ancêtres après le décret du 7 octobre 1871 doivent être radiés des listes. Un pourvoi en cassation est formé et la haute juridiction le rejette le 12 janvier 1939. Enfin le gouvernement intervient par la rédaction du décret du 16 janvier 1939. Cf. RENUCCI F., « Le débat sur le statut politique des israélites en Algérie et ses acteurs (1870-1943) », *op. cit.*, pp. 10-11.

⁴³⁷ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, *op. cit.*, p. 98.

⁴³⁸ *Ibid.*

De ce qui précède, nous constatons que la France est intervenue sur le droit de la famille israélite par le biais du décret Crémieux et du sénatus-consulte de 1865. Malgré des formes ponctuelles de résistance sociale⁴³⁹, les israélites algériens sont désormais régis par les règles du Code civil en matière familiale. Par-là, la femme algérienne juive est censée bénéficier de règles plus favorables en matière de mariage, de divorce et de succession. Cette présentation des autorités coloniales est toutefois à nuancer puisque, dans certains cas, ce « progrès » n'est pas nécessairement avéré (comme en matière de divorce), du moins jusqu'en 1884. Les autorités françaises ont également tenté de modifier les règles du statut personnel kabyle, de façon plus tardive et directe.

2. L'aménagement du statut personnel kabyle : une amélioration nette de la condition féminine

Les premières réformes du statut personnel de la femme musulmane interviennent en Kabylie, dès les années Vingt et Trente. Pour le gouvernement français et les juristes coloniaux, le statut personnel de la femme kabyle apparaît particulièrement discriminatoire et non conforme au droit musulman. Il est en effet plus amplement régi par les coutumes locales que par le *fikh* musulman traditionnel⁴⁴⁰.

Cet état de fait ne permet pas, en particulier, à la femme kabyle d'hériter ou de demander, dans des cas précis, le divorce, contrairement aux musulmanes⁴⁴¹. Ainsi, il nous semble intéressant d'avoir un bref aperçu sur la situation des femmes en Kabylie (a) avant de montrer quelle a été l'action des colonisateurs au nom de l'amélioration de la situation de la femme kabyle (b).

⁴³⁹« A peine promulgué, le décret Crémieux rencontre des oppositions. Elles parviennent tout d'abord d'une partie de la population qui désire conserver son statut personnel mosaïque. Or, en devenant citoyens, les israélites doivent obligatoirement se soumettre au statut commun qui interdit la polygamie et se différencie de leurs règles traditionnelles, notamment en matière de tutelle et de succession. Au sein de la première génération d'israélites accédant à la citoyenneté, certains se soumettent difficilement à cette contrainte. Quelques rabbins soutiennent leurs coreligionnaires dans leur résistance. Des israélites n'acceptent pas de se marier civilement, si bien que la répudiation et parfois la polygamie se pratiquent toujours, malgré les tentatives d'intervention des consistoires et de l'administration ». (RENUCCI F., « Le débat sur le statut politique des israélites en Algérie et ses acteurs (1870-1943) », *op. cit.*, p. 3-4).

⁴⁴⁰ SAMBRON D., *Les femmes algériennes pendant la colonisation*, Alger, Casbah éditions, 2013, p. 41.

⁴⁴¹ *Ibid.*

a. Bref aperçu de la situation de la femme en Kabylie⁴⁴²

Que ce soit enfant, jeune fille ou épouse, la femme est léguée au second plan au sein de la société kabyle. Dans leur ouvrage, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Hanoteau et Letourneux définissent le mariage kabyle ainsi : « Le mariage pour ces rudes populations n'est ni l'union intime de deux êtres dont l'individualité se confond dans une communauté d'affection ni une société dans laquelle chacun a des droits en harmonie avec ses devoirs : achetée et livrée sans que le plus souvent sa volonté intervienne, la femme kabyle n'a pour ainsi dire pas de personnalité légale ; c'est une chose humaine »⁴⁴³. Le mariage kabyle ne serait donc qu'un contrat de vente dont la femme est l'objet. Cette chosification de la femme se manifestait notamment au moment du partage de la succession. La femme faisait partie de l'héritage, les héritiers en disposent.

En Kabylie, il n'y a pas d'âge légal pour la consommation du mariage. Le père peut donner au mariage sa fille impubère⁴⁴⁴. Concernant le consentement au mariage, la fille vierge n'est presque jamais consultée, la veuve et la répudiée ne sont pas libres non plus dans leurs choix. Néanmoins, une règle est établie dans la plupart des tribus. Elle donne aux femmes le droit de refuser à deux reprises les prétendants qui leur sont présentés⁴⁴⁵.

La répudiation, prérogative du mari, est toujours irrévocable en Kabylie et la femme ne peut convoler en secondes nocces qu'une fois qu'elle rembourse son douaire et indemnise le mari. Il arrive que l'époux fixe un prix exorbitant, tout en sachant qu'il ne peut être payé ni par la famille de la femme ni par le nouveau prétendant⁴⁴⁶.

À l'inverse la femme ne peut pas, en principe, accéder au divorce. Seules certaines coutumes admettent que la femme puisse demander la dissolution du mariage, mais uniquement, en cas d'absence prolongée du mari. Cette absence, qui varie selon les délais locaux, est de trois ans au moins⁴⁴⁷. Toutefois, la femme peut user de son droit d'insurrection ou de fuite. Cette institution qui existe également chez les Berbères marocains permet à la femme de quitter le domicile conjugal pour rentrer dans sa famille

⁴⁴² Pour une étude plus détaillée de la coutume Kabyle, voire LAIDANI A., *Le droit coutumier kabyle pendant la colonisation française*, Montpellier, Presses universitaires de Montpellier, 2021.

⁴⁴³ HANOTEAU A. et LETOURNEUX A., *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Saint-Denis, Edition Bouchène, tome II, 2017, p. 148.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 149.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 150.

⁴⁴⁶ BOUSQUET G-H., *Justice française et coutumes kabyles*, Alger, imprimerie nord-africaine, 1950, p. 77.

⁴⁴⁷ HANOTEAU A. et LETOURNEUX A., *La Kabylie et les coutumes kabyles*, *op. cit.*, p. 147.

sans que son mari ne puisse la contraindre à reprendre la vie commune⁴⁴⁸. Pendant cette période, l'épouse perd son droit d'entretien qui incombait au mari. Ce dernier ne se trouve pas dans l'obligation de la répudier. Il peut la laisser dans cette situation sans qu'elle puisse se remarier. Une forme de divorce pour khol ou le rachat par la femme de sa liberté existe en Kabylie. En cas de répudiation, la femme n'a droit à rien. Il n'y a pas de don de consolation et aucune indemnité n'est perçue par la femme divorcée.

Mises à part quelques coutumes qui accordent à la femme un droit à l'usufruit, les coutumes kabyles ne font accéder à la succession que les parents par les mâles et excluent les femmes de l'héritage.

Pour les juristes français, ces dispositions ne ménagent pas suffisamment les intérêts de la femme. Cette prise de conscience qu'il est nécessaire d'intervenir sur les coutumes kabyles est en partie liée à l'insurrection de 1871. Elle s'inscrit également dans ce qui paraît aux juristes français une facilité juridique : les coutumes sont plus malléables, pour eux, que les autres sources du droit. Ils sont enfin encouragés par la *doxa* de l'époque sur les Kabyles, jugés plus facilement assimilables. C'est ce que Charles-Robert Ageron nommera « le mythe kabyle ». Pour toutes ces raisons, les autorités françaises tentent de réformer -prudemment toutefois- les coutumes kabyles.

b. La réforme du statut personnel de la femme kabyle

L'intervention française sur le statut personnel kabyle s'est manifestée en premier lieu via la réforme judiciaire. Après avoir réorganisé l'appareil administratif, suite à l'insurrection de 1871 en Kabylie, les autorités françaises suppriment par le biais du décret du 29 août 1874 toutes les juridictions qui existaient auparavant dans les ressorts judiciaires de Tizi-Ouzou et de Bougie, et les remplacent par des juridictions françaises. Ainsi, ce sont des magistrats français qui rendent la justice, tout en appliquant les coutumes kabyles. Mais dans les faits, les Kabyles demeurent attachés à leurs *jmaas* judiciaires et continuent à y recourir.

La seconde entrave sur le statut personnel kabyle est réalisée par le décret du 1^{er} août 1902 qui réforme la tutelle kabyle et fixe l'âge de la majorité à 18 ans. Mais la plus spectaculaire, demeure dans la création, le 6 février 1925, de la commission « de réformes du statut personnel de la femme kabyle ». Deux lois modifient la formation du mariage

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p. 182.

kabyle : une loi, plus générale, du 2 avril 1930 portant sur la constitution de l'état civil des indigènes musulmans d'Algérie, ainsi que la loi du 2 mai 1930 sur la déclaration des fiançailles des Kabyles. Le décret du 19 mai 1931 régleme la condition de la femme kabyle. Avec le passage d'une transformation par l'intermédiaire de décrets à celui de l'utilisation de lois, les colonisateurs franchissent une étape dans le degré d'interventionnisme en matière de statut personnel kabyle.

La promotion de la condition féminine passe d'abord par la lutte contre le mariage des impubères qui est présenté comme constituant un danger physique et moral pour la femme. C'est pourquoi la loi du 2 mai 1930 institue l'obligation pour les Kabyles de déclarer leurs fiançailles à l'état civil. Cette loi dispose que ce qu'elle nomme la « déclaration de fiançailles », c'est-à-dire la conclusion du mariage, ne peut avoir lieu, sauf dispense, avant l'âge de 15 ans. La dispense est accordée après avis d'une commission comprenant un conseiller à la Cour d'Appel d'Alger, président, un juge de paix de Kabylie et un médecin. Des sanctions sont prévues en cas d'inobservation de ces dispositions : la nullité du mariage, une peine d'emprisonnement de 6 jours à 3 mois et/ou une amende de 16 à 500 francs⁴⁴⁹.

Également, le décret du 19 mai 1931 reconnaît à la femme kabyle le droit de demander le divorce, dans des cas précis. Cet acte réglementaire vient sanctionner un certain nombre de décisions judiciaires qui admettait que l'épouse pouvait demander le divorce dans des circonstances particulièrement graves⁴⁵⁰. Mais ces décisions ne font pas entièrement jurisprudence en Kabylie. Les demandes de divorce, pour mauvais traitements, ne sont admises qu'en cas de violences physiques. Le décret du 19 mai 1931 vient étendre le droit au divorce de la femme kabyle. Il comprend le divorce pour sévices, pour défaut d'entretien, pour abandon, ou pour la condamnation du mari à une peine afflictive et infamante⁴⁵¹. Ainsi, nous constatons un rapprochement considérable avec les règles du droit musulman en la matière.

Toutefois ce décret maintient dans son article 2 le remboursement de la dot par l'épouse ou par sa famille au mari en cas de répudiation. Mais en cas de divorce judiciaire,

⁴⁴⁹ SAMBRON D., *Les femmes algériennes pendant la colonisation*, op. cit., p. 51.

⁴⁵⁰ « Le premier jugement qui reconnut le divorce au profit de la femme pour mauvais traitement fut donné par le juge de paix de Fort National du 11 janvier 1899, Gaston Ricci. Il fut suivi par d'autres décisions de juridictions inférieures et enfin par la Cour d'Alger, seulement le 18 novembre 1922 » (BARRIERE L., *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, op. cit., p. 361).

⁴⁵¹ L'article premier du décret du 19 mai 1931, accorde le divorce à la femme kabyle « pour sévices pratiqués par le mari, abandon depuis plus de trois ans par le mari du domicile conjugal ou insuffisance d'entretien imputable au mari, absence de ce dernier remontant à plus de deux ans, condamnation de celui-ci à une peine afflictive et infamante ».

la jurisprudence a posé le principe qu'en l'occurrence la femme est libérée de toute obligation pécuniaire envers son mari⁴⁵².

Dans la pratique, les nouvelles règles sur le divorce judiciaire n'ont eu que peu de succès et mettent longtemps à entrer dans les mœurs des Kabyles. Il fallait attendre les années 1950 pour constater l'application effective du décret dans toute la Kabylie⁴⁵³.

Enfin, le décret du 19 mai 1931 permet à la femme kabyle, en cas d'absence de testament, d'hériter en pleine propriété ou en usufruit. Si l'hypothèse dans laquelle la femme peut hériter en pleine propriété est très restreinte, le décret du 19 mai 1931 donne à la femme kabyle la possibilité d'hériter en usufruit dans plusieurs cas. L'article 3 du titre II énonce « qu'il est reconnu à la veuve dans la succession de son mari, à la fille dans la succession de son père et dans celle de sa mère, à la petite fille née du fils, en l'absence de successible de premier degré, dans la succession de son grand-père paternel et dans celle de sa grand-mère paternelle... »⁴⁵⁴. Ce droit à l'usufruit est « inaliénable, insaisissable et imprescriptible »⁴⁵⁵.

En Algérie, la France a ainsi tenté d'assimiler les indigènes israélites et de réformer certaines règles du statut de la femme kabyle. Dans les deux cas, les effets ont commencé à se faire sentir au bout de quelques générations. Les autorités coloniales ont-elles agi de même à l'égard des règles du statut personnel musulman ?

B. L'intervention française visant la protection de la femme musulmane

Partant du postulat que le droit musulman avait subi une sorte de « cristallisation », la majorité des juristes coloniaux pensait que les règles du rite malékite pratiqué en Algérie au début de XX^e siècle correspondaient exactement à celles contenues dans le précis de Khalil, écrit au VIII^e siècle de l'hégire et dans ses commentaires successifs.

La mise en cause de cette théorie a débuté dès la fin du XIX^e siècle avec la vague des traductions. D'importants précis de droit musulman furent traduits et furent comparés aux règles réellement appliquées chez les populations locales. Il s'est avéré que le droit contenu dans ces précis était différent de celui effectivement pratiqué. L'un des théoriciens de « L'immuabilité du droit musulman » est le doyen Morand. Il souligne que les règles

⁴⁵² Chambre de révision musulmane, 11 juin 1934, *RA*, 1914, II, p. 62.

⁴⁵³ BOUSQUET G-H., *Justice française et coutumes kabyles*, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁵⁴ Cité par SAMBRON D., *Les femmes algériennes pendant la colonisation*, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁵⁵ *Ibid.*

pratiquées dans les faits sont plus proches des règles du Code civil que les règles du droit musulman immuable.

L'intérêt de la pensée de Morand est à la fois juridique et politique. Si on l'analyse juridiquement, en se fondant sur cette théorie, il est possible de placer le droit musulman dans l'ordre juridique français en l'assimilant à la coutume. De point de vue politique, cette théorie permettait d'espérer, selon Morand, à un rapprochement progressif du contenu des règles de statut personnel des musulmans d'Algérie et de celles du statut personnel régi par le Code civil sans heurter frontalement les consciences musulmanes⁴⁵⁶. Pour réaliser ce rapprochement, Morand songe à la codification du droit musulman en y incluant quelques principes du droit français. Son objectif ultime est de modifier les statuts personnels des indigènes pour les rapprocher du droit commun français.

Les autorités coloniales ont voulu intervenir en matière familiale, mais tout en évitant de trop heurter les convictions des musulmans. D'une part, elles ont tenté de codifier le droit musulman (1), et d'autre part, elles sont intervenues par le biais d'un certain nombre de mesures d'ordre législatif et réglementaire (2).

1. Le Code Morand : une tentative de rapprochement et d'uniformisation des droits non aboutie

En s'inscrivant dans ce mouvement de codification du droit musulman à l'instar de la Turquie⁴⁵⁷ et du Code Qadri Pacha d'Égypte⁴⁵⁸, le Code Morand constitue l'œuvre la plus renommée après « la Kabylie et les coutumes kabyles » de Hanoteau-Letourneux⁴⁵⁹. S'agissant des sources et de la méthode utilisée, Morand reconnaît qu'il s'est inspiré de la méthode du « Code Santillana » appliqué en Tunisie⁴⁶⁰.

a. L'élaboration du Code Morand⁴⁶¹

⁴⁵⁶ BARRIERE L., *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962, op. cit.*, p. 245.

⁴⁵⁷ Un « décret ottoman sur les droits de la famille », d'inspiration hanafite, est promulgué dans l'empire turc en 1917.

⁴⁵⁸ En Égypte Qadri Pacha a rédigé en 1875, un « Recueil de la loi hanafite », dans la forme articulée des codes occidentaux. Ce texte ne sera jamais adopté.

⁴⁵⁹ Cf. MAHE A., « Entre les mœurs et le droit : Les coutumes. Remarques introductives à la *La Kabylie et les coutumes kabyles* de Hanoteau et Letourneux (1873), I- XXX », Saint-Denis, Edition Bouchène, 2003.

⁴⁶⁰ MORAND M., *Avant-projet de Code, présenté à la Commission de codification du droit musulman algérien*, Alger-Paris, A. Jourdan-Challamel, 1916, p. 8-9. Sur le travail de David Satillana et le lien méthodologique avec Morand : RENUCCI F., « David Satillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », *Monde(s)*, 2015/1, pp. 25-44.

⁴⁶¹ Pour une étude plus approfondie à propos de l'élaboration du Code Morand, Cf. BEL A., « La codification du droit musulman en Algérie », *Revue de l'histoire des religions*, 1927, p. 175 et s.

La connaissance et l'application du droit indigène n'étaient pas une mission facile pour les magistrats français. Une commission d'études sur l'Algérie remet au Sénat un rapport préconisant la nécessité de lever les difficultés rencontrées dans l'application du droit indigène. En 1904, les Délégations financières requièrent auprès du gouverneur général « qu'une commission composée de jurisconsultes musulmans et français soit chargée de résumer en règles simples, facilement interprétables et en articles précis les principes du droit musulman réunis en véritable code »⁴⁶². Enfin, le Gouverneur général Charles Célestin Jonnart confie, par un arrêté du 22 mars 1905, la tâche de codification à une commission composée de seize membres. Au sein de cette commission, le doyen Morand joue un rôle primordial. Les travaux durent une dizaine d'années. L'ouvrage complet paraît en 1916 sous le titre *Avant-projet de code présenté à la commission de codification du droit musulman algérien*. Cette œuvre ne sera jamais promulguée, mais les magistrats s'y réfèrent explicitement ou implicitement dans leurs décisions⁴⁶³.

Ce Code était en partie une compilation de règles jugées morales et équitables du rite malékite et hanafite. Ainsi Morand écrit dans son Avant-propos : « Nous n'avons pas mission d'innover (...). Nous n'avons d'autres buts que de dégager et de formuler clairement et dans un ordre méthodique les vrais principes de la loi musulmane (...). Nous estimons qu'il est de notre devoir de rechercher parmi les solutions diverses formulées par les docteurs musulmans sur un point déterminé, pour leur donner force de loi à l'exclusion de toutes autres, celles de ces solutions qui paraissent le plus conforme à la morale et à l'équité, et sont le mieux en harmonie avec l'état social de nos indigènes (...).(…) Ainsi, nous effectuerons un travail qui, pour être, principalement et avant tout un travail de codification, n'en sera pas moins un instrument de progrès »⁴⁶⁴.

Dans son travail de codification, Morand a pu, en matière de statut personnel, modifier quelques règles existantes, tout en recourant à des mécanismes du droit musulman. Afin d'atteindre son objectif, il fait appel aux règles des différentes écoles ainsi qu'aux usages locaux. Il utilise enfin la possibilité de se référer à un juriste musulman peu connu⁴⁶⁵.

⁴⁶² Cité par MORAND M., *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Alger, Carbonel, 1921.

⁴⁶³ RENUCCI F., *Le statut personnel des indigènes : comparaison entre les politiques juridiques française et italienne en Algérie et en Libye (1919-1943)*, Thèse, droit, Aix-en-Provence, 2005-2006, p. 36 et s.

⁴⁶⁴ MORAND M., *Avant-projet de Code, présenté à la Commission de codification du droit musulman algérien*, Alger-Paris, A. Jourdan-Challamel, 1916, p. 13-16.

⁴⁶⁵ RENUCCI F., « La doctrine coloniale en République. L'exemple de deux jurisconsultes algériens : Marcel Morand et Emile Larcher », dans J.-L. HALPERIN et A. STORA-LAMARRE (dir.), *La République et son droit (1870-1930)*, Besançon, Presses Universitaires de Franche Comté, 2011, p. 5.<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00599932/en/>

Ces instruments permettent à Morand de modifier le droit de contrainte matrimoniale que peut exercer le père sur son enfant ; d'exiger la preuve écrite du consentement de la femme au mariage ; d'élargir le champ de la protection de la femme en cas de divorce ; d'autoriser la femme algérienne musulmane à épouser un non musulman et de supprimer l'interdiction d'hériter de l'apostat ou du non musulman⁴⁶⁶.

b. Les innovations apportées en matière du droit de statut personnel

Concernant l'âge légal à partir duquel les époux peuvent contracter le mariage, les articles 3 et 4 de l'Avant-projet de codification précisent que l'union matrimoniale ne peut être contractée qu'entre personnes ayant atteint l'âge de la puberté (article 3), c'est-à-dire 18 ans pour les garçons et 15 ans pour les filles (article 4), exactement comme le prévoit le Code civil français⁴⁶⁷.

En imposant la nécessité de recueillir le consentement personnel des deux conjoints (articles 5 et 7), l'Avant-projet de codification apporte une innovation majeure. Pour justifier cette mesure, Morand s'est appuyé sur un auteur hanafite peu connu, Ibrahim al-Halabi ainsi que sur le Code égyptien de Quadri Pacha. En effet, il ne s'est fondé que sur une partie de la loi hanafite, en écartant les éléments complémentaires de la règle.⁴⁶⁸ C'est également le cas de l'article 32 qui exige que la répudiation soit suffisamment et sérieusement motivée⁴⁶⁹.

En matière de mariage mixte, deux règles novatrices ont été introduites par Morand : la première est la tolérance du mariage d'une musulmane avec un non musulman. La seconde est la possibilité pour la femme affiliée à un apostat ou mariée avec un homme de religion différente de conserver son droit à la succession. Ces deux règles sont instituées par Morand au nom du principe de l'égalité juridique. Enfin, et alors que la preuve orale prévaut chez les musulmans, Morand a cherché à imposer, via les articles 53, 54 et 55, la supériorité de l'écrit.

Le projet du Code Morand a fait l'objet de controverses sur la forme ainsi que sur le fond⁴⁷⁰. Ainsi le gouvernement préfère différer la promulgation de ce projet d'autant plus que le gouverneur Jonnart, principal défenseur de ce Code, quitte ses fonctions en 1919. Le

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 6.

⁴⁶⁷ Cf., Article 44 du Code civil.

⁴⁶⁸ RENUCCI F., *Le statut personnel des indigènes : comparaison entre les politiques juridiques française et italienne en Algérie et en Libye (1919-1943)*, op. cit., p. 144.

⁴⁶⁹ *Ibid.*

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 147 et s.

texte ne sera jamais promulgué. Néanmoins, les magistrats s'y réfèrent dans leurs attendus. Moins de dix ans plus tard, en 1926, le débat autour du Code Morand refait surface⁴⁷¹. Cette tentative de codification ne fut pas la seule technique de rapprochement.

2. Les textes législatifs et réglementaires effectivement appliqués

Dans la logique juridique française, protéger la femme en cas de mariage ou de divorce nécessite au préalable que ces actes soient consignés par écrit dans un registre. La priorité était donc accordée à l'introduction d'un régime de déclaration au moyen de l'organisation de l'état civil (a). Mais l'intervention directe en matière de statut personnel est arrivée assez tardivement, elle date de l'ordonnance de 1959 (b).

a. L'amélioration du régime de déclaration des actes de mariage et de répudiation

Afin d'assurer la publicité de la formation du mariage ou de sa dissolution, le législateur a réagi, par le biais de l'article 17 de la loi du 23 mars 1882, et a imposé une déclaration du mariage ou de divorce dans les trois jours suivant l'événement : l'officier d'état civil doit alors dresser l'acte d'état civil sur la déclaration du mari et de la femme ou du mari et du représentant légal de la femme, en présence de deux témoins et doit remettre un acte reconnaissant. En imposant une simple déclaration, le législateur ne fait que substituer à la publicité sans formalité du droit musulman, une forme de publicité plus conforme au Code civil français.

Pour garantir l'application effective de ces règles relatives aux déclarations du mariage et de sa dissolution, l'article 20 de la loi de 1882 renvoie au droit commun français. Or, le Code pénal dans ses articles 348 et 358 ne prévoit que le défaut de déclaration de naissance, et par interprétation, l'inhumation sans autorisation. De surcroît, dans les règles du Code civil, l'autorité publique intervient dans la formation du mariage ou en cas de divorce, il n'est pas nécessaire, donc, de prévoir de sanction en cas de défaut de déclaration.

Pour résoudre ce problème, les autorités font appel au Code des infractions spéciales à l'indigénat, mais un manque de discernement du législateur leur confisque pour quelques années cet instrument⁴⁷². En tout état de cause, le mariage non déclaré est juridiquement valable et peut s'établir par tous les moyens et notamment par l'attestation de deux témoins. Il est nécessaire, donc, de pallier les lacunes de la loi de 1882, et de réorganiser le régime de

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 155 et s.

⁴⁷² *Ibid.*, p. 176.

déclaration des actes de mariage et de divorce. Ce but sera atteint en deux étapes : d'abord par la loi du 2 avril 1930, ensuite par la loi du 11 juillet 1957.

a.1 La loi du 2 avril 1930⁴⁷³

Le but de la loi de 1930 est d'étendre son contrôle sur l'ensemble des actes de l'état civil. Ainsi les mariages et les répudiations des indigènes algériens doivent être inscrits sur les registres de l'état civil.

Cette loi opère une distinction entre les mariages célébrés ou dissous devant le *cadi*, et ceux célébrés ou dissous de manière purement orale. Dans le premier cas, le mari doit déclarer l'union conjugale dans les cinq jours de sa conclusion en produisant l'acte dressé par le juge musulman. Dans le second cas, le mari doit faire dresser par ce magistrat un acte reconnaissant dans les cinq jours, puis faire déclaration du mariage ou de sa dissolution au service de l'état civil dans les cinq jours de l'établissement de l'acte reconnaissant⁴⁷⁴. Le défaut de déclaration entraîne des peines correctionnelles, mais le mariage non déclaré demeure juridiquement valable et peut s'établir par tous les moyens.

Cette loi complique encore les formalités prescrites par celle de 1882, elles deviennent complexes et coûteuses. Le nombre d'unions illégales est en augmentation, il faudra prévoir des mesures pour régulariser ces situations. Des circulaires prescrivent une suspension des poursuites contre les délits de déclaration tardive de mariage⁴⁷⁵.

a.2 La loi du 11 juillet 1957

Cette loi institue un nouveau régime de déclaration du mariage et organise une procédure de régularisation pour les mariages dont la publicité n'a pas été effectuée.

Ce nouveau régime distingue selon que le mariage est contracté devant le *cadi* ou non : dans le premier cas, le marié, le tuteur et les deux témoins, doivent déclarer le mariage devant l'officier d'état civil dans les cinq jours du mariage, dans le second cas, si le juge musulman a assisté au mariage, il doit dans les vingt-quatre heures transmettre un extrait de l'acte de mariage à l'officier d'état civil. Le législateur maintient donc la solution adoptée par la loi de 1930 pour le mariage conclu devant le *cadi*, mais revient à la loi de

⁴⁷³ La loi du 2 avril 1930 « portant modification de la loi du 23 mars 1882 sur la constitution de l'état civil des indigènes musulmans de l'Algérie », *J.O.*, 3 avril 1930, *RA*, 1930, III, p. 173.

⁴⁷⁴ Art. 17 de la loi de 1882 modifiée par la loi de 1930.

⁴⁷⁵ BARRIERE L., *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, *op. cit.*, p. 311.

1882 dans l'autre cas. La seule preuve admise, désormais, sera la preuve par acte d'état civil⁴⁷⁶.

Cet aménagement de la preuve du mariage par acte d'état civil ne constitue qu'une étape nouvelle dans l'effort des autorités coloniales pour constituer un état civil moderne. D'autres initiatives juridiques ont été prises, mais il faudra attendre l'année 1957, pendant la guerre d'Algérie, pour qu'on réorganise le droit de la tutelle et de l'absence et plus profondément celui du mariage et de divorce en 1959.

b. Le mariage et le divorce dans l'ordonnance de 1959

L'ordonnance de 1959 est adoptée pour faire suite au mouvement de codification du droit de statut personnel paru en Tunisie en 1956 et au Maroc en 1957. Elle est également étroitement liée à la guerre d'Algérie. En effet, le début de la guerre d'Algérie, puis son enlisement incitent le gouvernement à accélérer les réformes. Ces réformes visent en premier lieu l'amélioration du statut de la femme qui est perçue dans cette période, comme une force sociale susceptible de faire basculer l'opinion musulmane en faveur de l'Algérie française⁴⁷⁷.

Une commission, composée de juristes musulmans et de spécialistes du droit musulman, est créée en novembre 1958⁴⁷⁸. Sa mission est de rédiger un projet de texte concernant le statut personnel des musulmans d'Algérie. Le texte préparé sera adopté à l'unanimité⁴⁷⁹. L'ordonnance du 4 février 1959 « relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local »⁴⁸⁰ sera précisée par le décret du 17 septembre 1959 « portant règlement d'administration publique pour l'application de (celle-ci) »⁴⁸¹ et par un arrêté du ministère de la Justice en date du 14 novembre 1959⁴⁸² dénombrant les « pièces à remettre à l'Officier de l'état civil ou au cadî en vue de la célébration des mariages entre des personnes de statut civil local », dans les mêmes départements.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 313.

⁴⁷⁷ Cf., SAMBRON D., *Les femmes algériennes pendant la colonisation*, op. cit., p. 66-68.

⁴⁷⁸ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 475.

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ Ordonnance n° 59-274, du 4 février 1959, *J.O.R.F.*, 11 février 1959, p. 1860.

⁴⁸¹ Décret n° 59-1.082, du 17 septembre 1959, *J.O.R.F.*, 19 septembre 1959, p. 9139.

⁴⁸² Arrêté du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, en date du 14 novembre 1959, *J.O.R.F.*, 21 novembre 1959, p. 11 157.

Le contenu de l'ordonnance est révolutionnaire et vise en premier lieu l'amélioration du statut de la femme en prévoyant, notamment, la suppression de la contrainte matrimoniale. Le mariage est conclu devant un représentant de l'autorité publique, en présence des deux époux et sa dissolution sera prononcée par le juge.

En effet, l'article 2 alinéa 1^{er} de ce texte précise que « le mariage se forme par le consentement des deux époux ». Et ce même article prévoit que la violence entraîne la nullité du mariage. Ainsi, la loi empêche désormais de marier une femme contre son gré, et supprime par là le droit de *djebr*. Cet article 2 alinéa 1^{er} rajoute : « À peine de nullité, le consentement est exprimé verbalement, publiquement et en personne ». Partant, le législateur de 1959 impose la comparution des deux époux en personnes.

Ce consentement ne peut être donné qu'à partir d'un certain âge : « l'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15 ans révolus, ne peuvent contracter de mariage. Toutefois, le président du tribunal de grande instance peut, pour des motifs graves, accorder une dispense d'âge ». En déterminant les âges à partir desquels les futurs époux peuvent se marier, le législateur leur étend le régime des âges du Code civil, déjà proposé par le Code Morand.

L'organisation entièrement judiciaire du divorce est parmi les nouveautés phares de l'ordonnance de 1959. Toutes les formes du divorce sont concernées, y compris la répudiation unilatérale. En effet, l'article 6 de l'ordonnance de 1959 précise : « le mariage, hors cas de décès, n'est dissout que par décision de justice. Cette décision est rendue, à la demande de l'un ou l'autre époux, par le magistrat compétent ». La répudiation doit être prononcée par le juge. L'époux voulant répudier sa femme doit, donc, saisir le juge qui, après une tentative de réconciliation infructueuse, prononce la répudiation. Ces règles ont pour objectif de limiter la pratique des répudiations à la légère et des répudiations abusives.

Pour les autres formes de divorce, celui pour absence est maintenu. L'ordonnance de 1959 permet aux époux de rompre leur lien matrimonial en recourant soit au divorce par consentement mutuel soit au divorce pour faute.

Les conjoints peuvent divorcer d'un commun accord. L'article 13 de l'ordonnance de 1959 décrit la procédure à suivre : les deux époux présentent une requête conjointe au juge. Après la tentative de réconciliation, le juge vérifie le consentement de chacune des parties et les accords intervenus entre les parties, notamment en ce qui concerne les enfants.

Quant au divorce pour faute, sa procédure était inspirée des phases prévues par le Code civil et le Code de procédure civile. L'époux demandeur dépose une requête, le juge procède à la réconciliation des époux et enfin une instance devant le tribunal. Le juge doit se prononcer sur les mesures provisoires et il doit statuer sur toute demande d'indemnité ou de pension alimentaire. Comme en droit français de l'époque, il existe des causes péremptoires au divorce (adultère et la condamnation de l'autre époux à une peine afflictive et infamante) et d'autres relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge.

Même en ce qui concerne les droits pécuniaires du divorce, le décret de 1959 s'écarte du droit musulman classique et remplace le traditionnel don de consolation dite « *mouta'a* » par des dommages et intérêts déterminés par le juge. L'alinéa 3 de son article 21 dispose : « si le juge prononce la dissolution, il statue sur les dommages-intérêts dus par le mari à la femme pour le préjudice matériel et moral causé à celle-ci par la rupture du lien conjugal ».

L'ordonnance de 1959 a donné lieu à des critiques et a suscité des réticences lors de sa mise en pratique. Les unions contractées devant le cadi restent nombreuses, mais celles conclues devant l'officier d'état civil sont rares. Dans le monde rural, les répudiations sont libres et les mariages précoces continuent à s'établir⁴⁸³. Maurice Borrmans explique la raison de cette résistance sociale : « prenant pour modèle l'évolution récente du droit du statut personnel dans les pays voisins, le législateur franco-algérien pouvait penser que les nouvelles mesures adoptées seraient accueillies sans réticences. Malheureusement, les textes en avaient été rédigés trop rapidement et certaines formulations faisaient craindre le pire : voulant faire vite, le législateur avait oublié qu'il intervenait dans un domaine « réservé » où le juridique rejoint d'ordinaire le religieux, en pays musulman »⁴⁸⁴.

À part l'encouragement de la consignation des mariages par écrit, acte qui constitue indéniablement une forme de protection des droits des femmes, la politique interventionniste de la France en Algérie n'a pas réussi véritablement à améliorer la situation de la femme algérienne. Qu'en est-il de la Tunisie, étant donné que ce pays, voisin de l'Algérie, était également sous domination française ? L'expérience algérienne a-t-elle exercé une influence quelconque en Tunisie ? La France a-t-elle pu intervenir sur le droit de statut personnel

⁴⁸³ FAUQUE L., « Le mariage des musulmans d'Algérie », *RA*, 1961, p. 66.

⁴⁸⁴ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 485.

tunisien ? Ou au contraire, a-t-elle opté pour un respect réel des règles liées aux statuts personnels dans ce pays ?

§2. Le respect réel du statut personnel en Tunisie

Lorsque le protectorat français s'installe en 1881 en Tunisie, le statut de la femme, tout comme le droit de la famille, ne furent pas altérés. Par réflexe de protection et de conservation contre l'occupant et son modèle occidental, la femme tunisienne se renferma davantage sur elle-même et fut retranchée encore dans les limites strictement définies du foyer⁴⁸⁵. La remise en cause du statut de la femme est vue comme une tentative de destruction de l'identité tunisienne. Cependant, dans certains milieux aisés, on voyait dans la femme européenne une sorte de modèle que les femmes musulmanes s'efforçaient d'imiter. Ainsi, S. Bakalti affirme que « c'est l'institution du protectorat français en Tunisie qui marqua un rôle déterminant dans la prise de conscience du problème de la condition de la femme. La présence et le prestige de la population européenne, qui vit différemment (les femmes sortaient librement, travaillaient, comme institutrices ou comme infirmières, etc.), apportèrent un nouveau système de valeurs, influencèrent les habitudes et les façons de vivre de la population musulmane aisée, qui se rendait compte que le sort des femmes n'était pas nécessairement la claustration »⁴⁸⁶.

Pendant cette période, le statut des personnes était comparable à celui qui existait en Algérie et au Maroc. Chaque citoyen relève de son statut confessionnel propre. Les communautés israélites sont assujetties aux tribunaux rabbiniques, créés par le décret beylical du 28 novembre 1898, complété par celui du 29 mai 1926⁴⁸⁷. Les musulmans tunisiens, pour leur part, relèvent des juridictions religieuses dépendantes de *chra'a* pour le statut personnel, et des juridictions séculières dépendantes de l'Ouzara⁴⁸⁸ et compétentes pour le civil et le pénal.

Le décret du 8 novembre 1921 et la loi du 23 décembre 1923 offrent la possibilité aux Tunisiens qu'ils soient musulmans ou israélites, d'accéder à la naturalisation et au statut personnel français s'ils avaient servi dans l'armée française ou reçu des diplômes universitaires ou épousé une Française ou une étrangère justiciable des tribunaux français,

⁴⁸⁵ BELHADJ BOUFENDI L., *La condition féminine au Maghreb post indépendant : étude comparée : Algérie Maroc et Tunisie*, Thèse, Droit, Paris, 1999, p. 88.

⁴⁸⁶ BAKALTI S., *La femme tunisienne au temps de la colonisation*, Paris, Harmattan, 1996, p. 43.

⁴⁸⁷ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 124.

⁴⁸⁸ Littéralement « ministère », c'était à l'origine une sorte de tribunal dirigé par le gouvernement du Bey.

ou encore s'ils avaient rendu des services exceptionnels à la France⁴⁸⁹. Devenant Français, ils renoncent à leur statut personnel musulman ou israélite pour relever désormais du statut commun⁴⁹⁰.

Pendant la période coloniale, un certain nombre de Codes ont été promulgués en Tunisie⁴⁹¹, mais rien n'a été réalisé en matière de statut personnel. Cependant, plusieurs thèses sont apparues permettant ainsi de soulever un débat sur l'éventuelle évolution du droit familial (A), et de pousser le gouvernement tunisien à revoir quelques dispositions de la loi malékite en la matière (B).

A. Les débats autour de l'éventuelle évolution du droit familial

En Tunisie, le mouvement pour les des droits des femmes avait débuté dès la fin du XIX^e siècle, par des revendications pour l'instruction des femmes et s'est transformé, dans les années 1930, en un appel à la réforme du droit familial. Ainsi, dès 1897 l'érudit Mohamed Essnoussi appelle timidement dans son ouvrage *L'épanouissement de la fleur ou étude sur la femme en Islam*, à l'instruction des filles⁴⁹². Plus tard, plusieurs intellectuels dénoncent le statut inférieur de la femme.

En effet, en 1905, César Benattar, El hadi Sebai et Abdelaziz Thaalbi écrivent ensemble un livre intitulé *L'esprit libéral du Coran*⁴⁹³. Dans cet ouvrage, les auteurs préconisent une relecture libérale du Coran, tout en dénonçant la mauvaise interprétation des prescriptions coraniques. Leurs propos sont axés sur la nécessité d'instruire les femmes et de supprimer le voile⁴⁹⁴. Ce livre ne semble susciter aucun intérêt, et dès que Thaalbi est devenu président du Parti « Destour », il a fait complètement machine arrière. En 1937, il rédige un nouveau livre, *La Tunisie Martyre*, où il se prononce contre l'instruction féminine : « Nous engager dans cette voie serait nous suicider de nos propres mains. La femme est la gardienne de la famille, la conservatrice de la société, la pousser dans la voie des écoles gouvernementales serait précipiter dans l'abîme ce qui reste de notre génie »⁴⁹⁵.

⁴⁸⁹ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 125.

⁴⁹⁰ *Ibid.*

⁴⁹¹ Code des obligations et des contrats (1906) en reprise partielle du Code civil et commercial de Santillana (avant-projet), Code de procédure civile (1910), Code pénal (1913) et Code de procédure pénale (1921).

⁴⁹² DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 46.

⁴⁹³ BENATTAR C., SEBAI E-H., THAALBI A., *L'esprit libéral du Coran*, Paris, Ed. Leroux, 1905.

⁴⁹⁴ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 46.

⁴⁹⁵ THAALBI A., *La Tunisie martyre*, Epinay-sur-Seine, 1937, p. 47.

Ce sont les thèses de Tahar Hadad (1899-1935) qui ont concouru à une large prise de conscience du problème féminin en Tunisie. Dans son ouvrage paru en 1930, *Notre femme dans la Charia et la société*⁴⁹⁶, il fait le constat de la situation dégradante de la femme tunisienne musulmane et défend avec acharnement son émancipation et sa libération. L'ouvrage se divise en deux parties : la première est juridique, la seconde est sociologique.

Dans la première partie, l'auteur dénonce les fausses interprétations de la loi religieuse et le poids des coutumes dégradantes. Il souligne la place d'honneur accordée à la femme en Islam. Pour lui, l'Islam n'a rien à voir avec la situation de la femme. Il préconise, ensuite, l'interdiction de la polygamie. Il explique dans son argumentaire que le Coran bien interprété n'admet guère la polygamie. Il propose également l'institution des tribunaux compétents en matière de divorce, et prône enfin l'égalité successorale⁴⁹⁷.

Dans la seconde partie, Haddad explique comment la jeune fille musulmane est préparée à son rôle d'épouse et de mère. Ainsi, Tahar Hadad revendique pour les femmes le droit à l'instruction et à l'apprentissage d'un métier. Concernant le mariage, il déplore l'ingérence des parents dans le choix du conjoint ou dans la gestion du ménage. Il condamne les mariages prématurés des filles impubères, etc⁴⁹⁸.

Bien que T. Hadad se soit appuyé sur la loi religieuse pour dénoncer la condition dégradante dans laquelle vit la femme tunisienne, il est aussitôt accusé d'être aliéné par l'Occident. La *nadhara*, le conseil d'administration de la grande mosquée *Azzaitouna*, considère l'ouvrage comme hérétique et réclame des sanctions contre son auteur⁴⁹⁹. Tahar Hadad est déchu, par la suite, de ses diplômes et démis de ses fonctions notariales et professorales. Il demande l'intervention de la résidence générale afin de lever les mesures prononcées contre lui, mais en vain⁵⁰⁰.

Au contraire, les autorités coloniales profitent de ces rivalités, en les considérant comme un moyen de détourner l'opinion publique tunisienne de ses visées nationalistes⁵⁰¹. Dans une lettre confidentielle, datée du 15 novembre 1930 et envoyée par le Résident général au Quai d'Orsay, celui-ci écrit : « Ces polémiques dont le ton a été parfois fort vif ne sont pas pour nous déplaire, car elles absorbent presque entièrement, pour une matière qui ne

⁴⁹⁶ HADDAD T., *Notre femme dans la Charia et la société*, traduit de l'arabe par Manoubia Meski, Tunis, Nirvana, 2018.

⁴⁹⁷ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 129.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, p. 30-31.

⁴⁹⁹ DAUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 47.

⁵⁰⁰ BAKALTI S., *La femme tunisienne au temps de la colonisation*, op. cit., p. 56.

⁵⁰¹ *Ibid.*

nous intéresse pas directement, l'attention de la presse indigène, et amène celle-ci à négliger un temps ses récriminations habituelles contre le gouvernement du Protectorat »⁵⁰².

En parallèle, un puissant mouvement féministe est apparu en Tunisie, inspiré par « L'Union Féministe Égyptienne », née en Égypte en 1923, sous l'impulsion de Huda Sharawi⁵⁰³.

En Tunisie l'émancipation féminine était très liée à la question de l'abolition du voile. Pour la plupart des réformistes et des féministes, aucune réforme du statut de la femme n'est envisageable sans procéder au préalable à la suppression du voile. En effet, en 1924 a eu lieu une soirée organisée à l'Essor (Association culturelle animée par les socialistes de Tunisie). Lors de cette soirée, se déroule la première intervention publique d'une femme tunisienne : Manoubia Wertani ose, dans une tribune libre et à visage découvert, faire un discours public où elle avance que rien dans le Coran n'oblige la femme à se voiler⁵⁰⁴. La même année, une campagne de presse est déclenchée sur le thème du voile et donne lieu à un véritable conflit, qui va durer cinq années, de 1924 à 1929, entre nationalistes et socialistes tunisiens, particulièrement entre *Tunis Socialiste*, quotidien en langue française dirigé par le Parti Socialiste Français, comptant en son sein des Tunisiens tels que Mohamed Noomane (avocat socialiste) favorable à l'abolition du voile et le journal *An-Nahdha*, quotidien en langue arabe dirigé par le Parti Réformiste Tunisien, favorable au port du voile⁵⁰⁵. Des réunions publiques sont organisées par les socialistes pour débattre de cette question, et en 1929, une autre femme musulmane, Habiba Menchari, membre de la section féminine du parti socialiste, prend la parole dans une tribune publique et prêche également pour l'émancipation de la femme et l'abolition du voile⁵⁰⁶. Même promouvant la suppression du voile, les deux premières féministes tunisiennes ne dévient pas de la stricte lignée des réformistes. Elles dénoncent l'analphabétisme, la claustration, le mariage forcé, pratiques jugées contraires à l'Islam.

Lors des inondations de 1931, des femmes organisent des secours et fondent une « société des dames musulmanes » qui, sous l'égide du gouvernement et de la Résidence, distribue des vêtements aux nécessiteux et crée un asile de nuit. Cette société devient en

⁵⁰² Cité par *Ibid.*

⁵⁰³ Pour avoir un panorama des mouvements féministes égyptiens et de leur évolution, cf. MONQID S., "Mouvements féminins et féministes en Égypte: rétrospective et histoire d'une évolution (fin XIX^e à nos jours)", *Insaniyat*, n° 74, 2016, p. 49-73.

⁵⁰⁴ BAKALTI S., *La femme tunisienne au temps de la colonisation*, op. cit., p. 70.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁰⁶ *Ibid.*, p. 72.

1936 « l'Union Musulmane des Femmes de Tunisie », sous la présidence de Bachira Ben Mrad, dont le père est un érudit Zitounien, adversaire de Tahar Haddad. L'UMFT est une organisation d'essence fondamentalement religieuse ayant pour mission de contribuer à la renaissance nationale en expliquant aux femmes leurs devoirs vis-à-vis de leurs familles et de leur pays, et en leur inculquant une culture conforme à leur « nature »⁵⁰⁷.

L'UMFT ne peut être considérée comme une association féministe, puisqu'elle n'a jamais œuvré pour l'amélioration du statut de la femme. Cependant, elle a joué par le biais de ses actions sociales un rôle important dans l'évolution de l'image de la femme tunisienne dans la société⁵⁰⁸. Plus tard, plusieurs associations féminines voient le jour à l'instar de l'Union féminine, l'Union des Femmes de Tunisie, l'Union des Jeunes Filles de Tunisie.

En somme, la Tunisie a connu, pendant la période coloniale, un vrai mouvement de défense des droits des femmes, initié au début par des intellectuels et des érudits pour s'étendre, ensuite, à la société civile. Ainsi, plusieurs associations féminines ont été créées, pourtant la période de la colonisation demeure pauvre en réformes juridiques concernant le statut de la femme.

B. Les initiatives du gouvernement tunisien

En Tunisie comme au Maroc, la priorité du mouvement national est accordée avant tout à la question de l'indépendance censée résoudre tous les problèmes. La récupération de la personnalité nationale est un préalable à toute réforme du statut de la femme. Le colonisateur, de son côté, ne cherche pas non plus à modifier ce statut. Cependant, quelques initiatives du gouvernement tunisien ont vu le jour.

En effet, le gouvernement tunisien s'est attaqué en premier lieu aux dépenses engagées à l'occasion du mariage. Un décret beylical en date du 22 mai 1941 fixe un maximum au *sadak* et au trousseau. Ainsi, une limite maximum est donc décidée, tant pour le *sadak* que pour le trousseau : « En aucun cas, il ne sera possible que le montant de la dot dépasse la somme de 3 000 francs. En outre, il appartient aux contractants de réduire cette somme par consentement mutuel, conformément aux règles charaïques » (article 2). « Il ne

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 78.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 80.

sera pas possible que les dépenses requises pour le trousseau dépassent la somme de 20 000 francs » (article 3)⁵⁰⁹.

Bien que favorablement accueilli, que ce soit par les milieux traditionnels ou par les partisans du « progrès », ce décret était difficilement applicable et les événements politiques ont pu détourner de lui l'attention du public tunisien. Il était, selon Borrmans, plus l'expression d'un besoin de réformes qu'un moyen efficace de les mettre en œuvre⁵¹⁰.

L'idée de la codification du droit musulman était bien présente au sein du gouvernement et dès que le grand mufti malékite Abdelaziz Gaït devient ministre de la Justice, il crée une commission chargée d'élaborer un Code du droit musulman en combinant les doctrines malékite et hanafite, lesquelles ont toutes deux, une égale valeur en Tunisie. C'est pourquoi un Code de procédure musulman est promulgué, le 2 septembre 1948⁵¹¹.

Par la suite, l'institution d'une commission est décidée, par un décret beylical du 16 juin 1949, ainsi que la date et les lieux des réunions, en vue d'élaborer un Code de la famille. La commission a pu développer ses travaux et aboutir aux résultats espérés⁵¹².

Malheureusement, les copies du code projeté déjà imprimées auraient été détruites en 1950 à la suite d'un changement de ministère⁵¹³. Aucune allusion n'est ensuite faite à ce texte jusqu'au moment de la promulgation du Code du Statut Personnel du 13 août 1956, pour souligner combien il en diffère. Ainsi, A. Gaït déclare en 1956 : « Le code du statut personnel que j'ai élaboré en collaboration avec une commission composée de magistrats charaïques et séculiers, de professeurs de Zitouna, de mouhamis, de huit avocats, de notaires de quelques intellectuels et notables, et comprenant 769 articles, n'est pas du tout celui qui a été promulgué en août 1956 »⁵¹⁴.

Évoquer la Tunisie, nous permet de déterminer si, par comparaison, la France a mené une politique similaire dans le Maroc voisin.

⁵⁰⁹ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 277.

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 279.

⁵¹² *Ibid.*, p. 280.

⁵¹³ *Ibid.*, p. 281.

⁵¹⁴ Extrait d'une lettre envoyée par A. Gaït à l'*Action* et publiée par celle-ci sous le titre « Je m'en lave les mains », n° 67, 17 septembre 1956, p. 2. Cité par *ibid.*

Section 2- Existe-t-il une spécificité marocaine ?

À la signature du traité du protectorat le 30 mars 1912, la France s'est retrouvée face à une résistance armée acharnée, notamment dans les régions montagneuses. La lutte des Marocains durera jusqu'en 1933 avec la bataille de jbel Saghro dans l'Anti-Atlas. Les femmes marocaines participent activement à ce mouvement de résistance, en transportant des armes ou en cachant des combattants. Les femmes étaient également présentes lors des manifestations, comme celle contre le détournement par le colonisateur des eaux d'Oued Boufekrane, et aux événements de Khémisset⁵¹⁵.

Pendant ce temps de la « pacification », le général, puis Maréchal Lyautey était pour un respect total des coutumes et des mœurs indigènes, à partir du moment que celles-ci ne gênaient pas les intérêts français. Ce qui compte vraiment est le démantèlement du système foncier traditionnel pour laisser place à la colonisation. Modifier la structure familiale et, à travers elle, le statut de la femme n'est en aucun cas une priorité de la colonisation.

La seule tentative d'intrusion sur le statut personnel est apparue tardivement en 1953. En s'inspirant du Code Morand, les autorités du protectorat, ont songé à l'unification du droit applicable devant les tribunaux de *chra'a*. Une dotation budgétaire est prévue pour financer les travaux préparatoires de ce qui serait une forme de « digeste de la doctrine malékite »⁵¹⁶. Le but étant de mettre entre les mains des cadis un guide et éviter ainsi les longues recherches dans la volumineuse littérature malékite. Les sources de ce « digeste » seraient les grands traités de la doctrine malékite, le *amal*, et aussi la jurisprudence des tribunaux de *chra'a*⁵¹⁷. Malheureusement, ce projet ne vit jamais le jour, pour des raisons inconnues.

De surcroît, en valorisant les traditions, le colonisateur a fait jouer le jeu des logiques patriarcales⁵¹⁸. La politique coutumière quant à elle a conduit à fixer la structuration des tribus berbères autour « d'un droit singulier occultant la pluralité des coutumes berbères. Si l'on s'intéresse à ces coutumes, et notamment dans la gestion de la famille, on constate qu'elles ...n'accordent pas forcément un statut plus libéral aux femmes, renforçant même la

⁵¹⁵ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 244.

⁵¹⁶ « Quoi qu'il en soit, si un tel projet était agréé définitivement, il n'entraînerait qu'une dépense provisoire et peu élevée (environ 6 à 7 millions de francs par an, en vue de versement d'indemnités aux rédacteurs de l'ouvrage) » CADN, DI/1MA/200/725. Note sur les améliorations apportées au fonctionnement et à l'organisation de la justice du *chraa* depuis 1948, Rabat le 29 avril 1953, fol. 12.

⁵¹⁷ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 868.

⁵¹⁸ NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 136.

légitimité de la structure de parenté agnatique»⁵¹⁹. Parallèlement, la question de l'émancipation féminine ne constitua pas une revendication nationale. L'élite marocaine était concentrée sur la nécessité de recouvrer l'intégrité et l'indépendance du pays.

§1- Une perception différenciée des femmes autochtones

En matière de statut personnel, les Français ont choisi de ne pas s'approcher des mœurs et des coutumes autochtones. Ceci relève de la logique de la « politique musulmane » conduite par Lyautey. Il n'y eut donc pas d'équivalent aux maigres tentatives que nous venons de décrire pour l'Algérie et la Tunisie sur les femmes musulmanes (1). Une autre différence est le traitement des femmes berbères. Alors qu'en Algérie les femmes kabyles sont jugées par les auteurs coloniaux comme étant dans un état de soumission plus avancée que les femmes musulmanes, au Maroc, la situation des femmes berbères est parfois considérée comme meilleure que la situation des femmes régies par le droit musulman (2).

A. La politique musulmane de Lyautey (1912-1925)

« Le consensus patriarcal » prévaut durant toute la période coloniale entre occupant et occupé. Le colonisateur n'a fait qu'accentuer l'image de la femme « rempart de la tradition, gardienne des valeurs sacrées »⁵²⁰. Au Maroc, les responsables coloniaux ne se sont jamais intéressés à la question de la promotion des droits des femmes, pas même à travers l'école. Celle-ci « se contente, selon le directeur français de l'enseignement musulman au Maroc, d'accroître la valeur normale de la capacité professionnelle du Marocain ; elle est un facteur de richesse, autant que possible de paix et de travail [...] Par conséquent, ne songeons ni à l'émancipation du citoyen marocain, ni à l'affranchissement de l'esclavage, ni à la liberté de la femme ; quand vous connaîtrez le milieu marocain, vous estimerez que ces poncifs transplantés ici sont des dangers »⁵²¹.

À son arrivée au Maroc, Lyautey, premier Résident général du protectorat français au Maroc, promouvait un respect total des institutions traditionnelles ainsi que des mœurs indigènes. Ce qui compte vraiment est la mise en valeur coloniale du royaume chérifien. Selon M. Ndiaye « Lyautey n'était pas un tenant de la laïcité et avait un discours plus «

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 139.

⁵²⁰ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 242.

⁵²¹ *Bulletin de l'enseignement du protectorat*, 1920 p. 454, cité dans le préambule du plan de réforme présenté en 1934 à la Résidence par le Comité d'Action Marocaine.

restaurateur » que « civilisateur », prônant une modernisation contrôlée, fondée sur le maintien des hiérarchies précoloniales et sur la sauvegarde de l’Islam en tant que principe législateur de la cité afin de ne pas donner aux Marocains le sentiment d’être, chez eux, des émigrés de l’intérieur»⁵²². D. Rivet, quant à lui, constate que « L’emploi du terme de « politique indigène » chez Lyautey est presque interchangeable avec celui de « politique musulmane ». Les termes sont quasi synonymes et visent tous deux à définir un projet politique voulant épargner aux Marocains ce que Lyautey nomme tantôt le « chancre de la civilisation », tantôt, mais toujours sur un mode sarcastique, le « tracassin européen ». C’est qu’à ses yeux, un musulman européenisé, un « Jeune Turc », n’est plus un musulman, mais un déraciné coupé des siens et condamné à être une force perdue et pour la cité indigène et pour la puissance protectrice ».⁵²³

S’agissant des femmes, en les maintenant dans une « île à part dans le monde marocain »⁵²⁴, Lyautey s’efforce de respecter les pratiques et les us existants : « pas de femmes dans les réceptions officielles à la Résidence quand il s’y trouve des musulmans ! Précautions à n’en plus finir pour éviter de froisser la susceptibilité des hommes désireux de soustraire leurs femmes au regard incongru des Européens »⁵²⁵. Ainsi, les Français ont davantage contribué à renforcer les pratiques confinant les femmes : « Les femmes ressortent de la même consignation dans un espace harâm, c’est-à-dire préservé. Implicitement, elles sont assignées au rôle de vestales d’un territoire sacré »⁵²⁶. Une autre spécificité du Maroc est que certains observateurs coloniaux ont fait l’éloge des femmes berbères, considérées comme ayant un statut supérieur à celui des femmes soumises au droit musulman.

B. Le féminisme colonial au Maroc : berbériste, anti-arabe et anti-islamique

Dominer le Maroc sur tous les plans (politique, militaire, économique...) nécessitait au préalable d’affaiblir l’autorité du *Makhzen*. Les colonisateurs se sont servis de l’opposition arabo-berbère pour soustraire la population berbère d’une partie des juridictions du *makhzen*. Également, toute une idéologie est construite autour de cette opposition. Celle-

⁵²² NDIYAE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 128.

⁵²³ RIVET D., « Quelques propos sur la politique musulmane de Lyautey au Maroc (1912-1925) », op. cit., p. 259.

⁵²⁴ *Ibid.*, p. 260.

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 260-261.

⁵²⁶ *Ibid.*, p. 260.

ci consiste à rendre le Maroc à ses vrais habitants : les berbères exclus du pouvoir depuis le XVI^e siècle par la dynastie alaouite, arabe et chérifienne⁵²⁷.

Le discours scientifique promu pendant le protectorat s'évertue d'apprécier les particularités de la culture des Berbères, de leur organisation démocratique, et ce qui les différencie profondément des Arabes. L'orientation de ses recherches n'était pas dénuée d'arrière-pensées politiques, même s'il ne faut pas sous-estimer aussi l'influence du « mythe kabyle » et la projection opérée sur les populations berbères du Maroc.

L'idéologie coloniale s'est servie également de la condition, considérée comme plus libre, de la femme berbère afin de donner plus de légitimité à sa politique de division. Nombre de travaux décrivant la situation de la femme berbère sont apparus. Glorification de cette dernière et critique de la condition de la femme arabe. Dans son livre, A. Dialmy analyse de multiples ouvrages en sciences humaines et sociales de la période coloniale qui ont pour point commun d'opposer l'idéal de la femme berbère libre à la condition aliénante de la femme arabe et musulmane.

En 1896 déjà, *la Revue Encyclopédique* posait l'une des premières pierres sur laquelle le stéréotype féminin arabe allait se construire : « superstitieuses et sensuelles, les Marocaines ont recours aux aphrodisiaques, aux amulettes et aux poisons. Une réclusion rigoureuse est leur lot »⁵²⁸. La sensualité, associée à la superstition et à la claustration, conduit à renforcer le portrait orientaliste de la femme arabe et musulmane.

Les différentes disciplines des sciences humaines et sociales (littérature (H. Célarié⁵²⁹), ethnologie (les frères Tharaud⁵³⁰) et sociologie (Goichon⁵³¹)) vont œuvrer dans

⁵²⁷ DIALMY A., *Féminisme, islamisme et soufisme*, op. cit., p. 113.

⁵²⁸ « La femme marocaine », *Revue Encyclopédique*, Paris, 1896, tome 6, p. 903. Cité par op. cit., p. 119.

⁵²⁹ Célarié dans un récit de voyage qui remonte à 1923, insiste sur l'enfermement de la femme citadine arabe : « Dans les minces ruelles nous ne croisons que quelques femmes que leur âge ou leur modeste condition autorise à sortir ». La traversée de l'espace extérieur essentiellement masculin exige de la femme le port du haïk. « Beaucoup de blancs fantômes aussi, dans le bac. Tout borgnes sous leurs haïks en tissu éponge...ensachées dans leur haïk (les femmes) ont l'air d'une espèce animale qui tient à la fois du pingouin et du kangourou ». Le port du haïk, en raison de sa couleur blanche et du fait qu'il ne laisse apparaître qu'un seul œil, permet à Célarié de comparer la femme arabe à « un fantôme borgne » (CELARIE H., *Un mois au Maroc*, Hachette, 1923, p. 62). Cité par *ibid.*, p. 120.

⁵³⁰ La femme fassie, la citadine par excellence, les frères Tharaud la définissent comme une femme désœuvrée qui vit de son intrigue. L'intrigue, elle « l'entretient, la nourrit, consulte la sorcière, fabrique des filtres empoisonnés pour se venger d'un mari infidèle ou ranimer ses désirs » (THARAUD J. et J., *Fez ou les bourgeois de l'Islam*, Paris, Plon, 1920, p. 189). Cité par *ibid.*, p. 120-121.

⁵³¹ Goichon affirme que la femme de Fez se caractérise par le manque de raisonnement, la profondeur de l'ignorance, la crédulité et la superstition. Devant cette femme qui est totalement effacée, « plus les hommes sont nourris de culture française plus le problème est pour eux angoissant...Ils viennent à nous qui sommes la cause involontaire du déséquilibre et nous demande de former des femmes qui les comprennent » (GOICHON

ce même sens, où se rejoignent des observations réelles et des interprétations caricaturales : les Marocaines, vivant essentiellement en zone urbaine, deviennent des symboles de l'inculture, de la clausturation, de l'intrigue, voire du ridicule quand Célarié les compare à des pingouins. En revanche, nombre d'auteurs ont une perception positive des femmes berbères, perçues souvent de façon homogène, du Rif au Sous, du nord au sud, malgré la diversité linguistique et culturelle des Berbères.

Dunat, étudiant les tribus berbères de Aït Haddidou, avance que « la grande liberté du mariage laissée à la femme berbère, son droit de se marier avec qui lui plaît, son droit de divorcer quand elle le désire, sans être obligée de donner même une seule raison...sa vie, sa démarche, son regard, son franc parler lui donnent une mentalité particulière et en font une femme toute différente des femmes arabes »⁵³². Il ajoute « la femme se marie librement et entre fièrement dans la maison de son mari et non pas cachée entièrement et conduite comme un animal acheté comme il est pratiqué dans certaines tribus arabes »⁵³³.

Robert Montagne fait également l'éloge de la femme berbère du Sud marocain : « La femme berbère, sans avoir dans cette région, l'indépendance qu'elle a gardée dans le Maroc central, n'est cependant pas placée sous l'étroite tutelle et dans la demi-servitude que l'on observe chez les tribus arabisées de la plaine et qui est une conséquence de l'islamisation complète »⁵³⁴. J. Berque, lui-même à partir de l'étude du Haut Atlas, participe à cette vision de la société marocaine : « En pays Seksawa, la femme peut obtenir la dissolution du mariage sur simple incompatibilité, ce qui constitue une originalité exorbitante par rapport au *fiqh* ... Une veine originale de tendresse protectrice à l'égard des filles et sœurs circule dans la coutume. Elle est assez remarquable pour que la régularisation de cette pratique ayant été opérée par délibération tribale en 1949, le *Jmaa*, unanime à l'exception d'un seul, manifestât son accord formel. L'isolé était de bas Seksawa. Un homme de confins arabe »⁵³⁵. À la différence du mariage fassi, « le mariage chleuh est, toujours, une société de production égalitaire où chaque ayant droit, femme comprise, apporte son capital et son travail... Rien

A-M., « La femme de la moyenne bourgeoisie fassia », *Revue des études islamiques*, 1929, p. 67). Cité par *ibid.*, p. 121.

⁵³² CADN, DAP, 1 MA/285/072, DENAT M., « Droit coutumier berbère des Aït Haddidou- Aït Yazza de l'Assif Melloul », fol. 137.

⁵³³ *Ibid.*, fol. 139.

⁵³⁴ MONTAGNE R., *Les berbères et le Makhzen dans le sud du Maroc*, Paris, Alcan, 1930, p. 44. Cité par DIALMY A., *Féminisme, islamisme et soufisme*, *op. cit.*, p. 126.

⁵³⁵ BERQUE J., *Structures sociales du Haut-Atlas*, *op. cit.*, p. 343. Cité par *ibid.*, p. 127.

de pareil au pays arabe... Économie ostentatoire et tension entre grandes familles, tel est le climat de Fès, modeste et méticuleuse communauté de travail, tel est celui du Sous»⁵³⁶.

Ainsi, pour des raisons de politique coloniale (privilégier le maintien de l'ordre et la mise en valeur coloniale du Maroc), les autorités protectorales n'ont pas cherché à améliorer la condition juridique de la femme autochtone. Or, le mouvement national n'avait pas fait non plus de l'émancipation des femmes, sa priorité.

§2. L'apport inabouti du mouvement national en matière des droits des femmes

Le mouvement national marocain n'a pas donné à la question de la promotion des droits de la femme la priorité dans ses projets. Selon lui, la libération du pays est un préalable à toute réforme. Cependant, quelques débats et réflexions ont vu le jour et des voix revendiquant la promotion des droits des femmes se sont levées. Des érudits religieux appellent à un retour vers l'Islam purifié des méfaits de la coutume (A), dont Alla El Fassi, leader du mouvement national, qui préconisa un projet social global incluant la réforme du statut de la femme (B).

A. L'émergence d'un féminisme « musulman »

Comme le rite malékite accorde une place importante à la coutume parmi ses sources juridiques, un certain nombre de pratiques jugées déviantes se sont introduites. La situation de la femme marocaine est présentée comme dégradée à cause de ces coutumes. Il était urgent alors de retourner vers les textes originels de l'Islam, de les interpréter autrement et de les purifier de ces traditions aliénantes. Ainsi, durant les années 1920, un féminisme « musulman » est apparu sous l'égide de certains penseurs réformistes, tels que Allal El Fassi, Mohamed El Hajoui ou Mohamed Ben Larbi Alaoui.

Allal El Fassi, est le premier réformiste marocain à être sensible aux pratiques qui dégradent l'image de la femme et de la société musulmane. Dès ses 17 ans, en 1927, il présente dans sa ville natale de Fez au conseil municipal une pétition contre les dépenses excessives des mariages musulmans et critique fortement le conseil municipal de Fez qui tolère l'exposition du linge ensanglanté de la mariée après la défloration⁵³⁷.

⁵³⁶ Cité par *ibid.*

⁵³⁷ *Ibid.*, p. 48.

Ce féminisme musulman était axé notamment sur la question de l'instruction féminine. Les précurseurs en la matière sont deux *fkihs* réformistes, Mohamed Ben Larbi Alaoui et Mohamed Elhajoui. De même, le plan des réformes présenté par le comité d'action marocaine le 1^{er} décembre 1934 au sultan et au Résident général réclame la création d'écoles féminines dans toutes les villes du pays. Mohamed Elhajoui reconnaît en 1938, lors d'une conférence au club franco-marocain de Casablanca, que l'Islam est entrain de produire son féminisme : « le féminisme moderne qui a d'ardents défenseurs en occident gagne actuellement peu à peu le monde islamique dans lequel il s'est créé des défenseurs non moins audacieux (...) Le monde musulman doit alors à l'exemple de l'Europe avoir des champions du féminisme, et l'émancipation de la femme doit avoir sa part dans la discussion sociopolitique et être à l'ordre du jour parmi les questions à débattre »⁵³⁸.

Si un embryon de l'instruction féminine est apparu dans les années quarante, les limites de ce réformisme sont bien présentes. Les mentalités n'ont pas pu évoluer et le conseil municipal de Fez refuse à deux reprises en 1923 et en 1926 l'ouverture d'une école musulmane de filles⁵³⁹. Ce même conseil préconise en 1937 d'interdire aux femmes de sortir dans la rue si elles portent la *jellaba*, considérée comme étant trop moulante. Effectivement, un an plus tard, en 1938, le Pacha de Fez interdit le port de la *jellaba* et l'usage des babouches brodées⁵⁴⁰. À Rabat, le Pacha Bargach interdit, en outre, la sortie de femmes non accompagnées par un homme dans les rues⁵⁴¹.

Ce féminisme « musulman » s'est illustré également lors de la création de la première association féminine au Maroc en 1946 : « Akhaouat essafa ». Le discours tenu par cette association ne dévie pas de la lignée réformiste : les causes de la dégradation de la situation de la femme au Maroc ne sont autres que l'interprétation erronée des textes religieux et le poids des traditions. Les revendications de *Akhaouat essafa* sont en avance par rapport à leur époque. Elle préconise la suppression de la polygamie, sauf en cas de nécessité majeure, l'organisation quasi judiciaire du divorce, l'interdiction des mariages précoces avant 16 ans, l'organisation d'un secours social et d'une assistance scolaire⁵⁴².

Cependant les projets de réforme d'Allal El Fassi, contenus dans son livre *l'autocritique*, marque la manifestation la plus célèbre a de ce féminisme « musulman ». Le

⁵³⁸ EL HAJOUÏ M., *La femme dans le droit musulman*, Casablanca, la maison du livre, 1967, p. 3. Cité par *Ibid.*

⁵³⁹ DAI, 1 MA/100/246, « condition de la femme ».

⁵⁴⁰ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 245.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² *Ibid.*, p. 250.

leader du mouvement national appelle à revenir aux textes originels pour rendre aux femmes la place que leur accordait l'islam.

B. Les projets de réforme d'Allal El Fassi sur le statut de la femme

Alem et leader politique, Allal El Fassi écrit en 1952 son fameux livre *L'autocritique*. Un projet de réforme et de refonte qui s'articule autour de la nécessité de faire évoluer les mentalités pour qu'elles soient aptes au changement, d'une part et d'éliminer les traditions aliénantes, d'autre part.

En proposant une réflexion sur la société marocaine, le leader nationaliste s'intéresse à la situation de la femme marocaine et la décrit comme étant très dégradante. S'agissant des femmes berbères, El Fassi, à l'instar des auteurs coloniaux cités au-dessus, participe également à la construction du « mythe berbère », mais dans sa version négative. Il critique durement la situation de la femme dans les zones de la coutume berbère : « Malheureusement en réexaminant une grande partie de notre pays on constate qu'il suit encore les traditions de l'époque de l'ignorance et d'époque semblable surtout dans les régions que l'on appelle de droit coutumier dans lesquelles la femme n'a droit à aucun respect ni fierté et se vend et s'achète comme un esclave. Si elle est mariée, le mari peut l'abandonner sans explication, sans rémunération, jusqu'à ce qu'elle se rachète. Elle doit aussi faire les travaux les plus durs pour les hommes, obéir aux traditions même si elle y est opposée, elle peut également être déshéritée par son mari et privée de ses enfants. Mais il y a des situations pires que cela et inimaginables pour l'esprit »⁵⁴³.

Dans les régions du droit musulman, il appelle à réformer le droit applicable afin d'améliorer le statut de la femme : « Dans la région de jurisprudence islamique, il est nécessaire de corriger plusieurs lois en tenant compte de l'air du temps, car il n'existe plus les conditions de leur pratique. On peut suivre l'exemple de nos jurisconsultes dont les recettes et avis ont varié suivant l'évolution du temps et de l'espace. De cette façon, on peut changer et moderniser la situation de la femme principalement dans les aspects qui handicapent la société et découragent les hommes de se marier »⁵⁴⁴.

Par la suite, El Fassi préconise de garantir la liberté de choix de la femme et de supprimer le droit de *djebr* : « Parlons donc de la contrainte exercée par le tuteur ordinaire

⁵⁴³ EL FASSI A., *Al naqd al dati (l'autocritique)*, op. cit., p. 277.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 279.

ou testamentaire sur la jeune fille vierge en vue de la marier à celui qu'elle veut ou qu'elle ne veut pas, nous croyons quant à nous que l'esprit du temps ne permet plus d'appliquer les dispositions de l'école malékite à ce sujet, car la femme marocaine est au seuil d'une évolution qui ne lui permet plus d'accepter une telle immixtion dans son devenir. Le moment est venu de pratiquer l'opinion de la majorité des Imams musulmans, laquelle laisse à la femme, qu'elle soit vierge ou non, le soin de choisir celui qu'elle veut élire comme compagnon de vie»⁵⁴⁵. L'entière liberté de choix du mariage ne peut être assurée qu'en abondant également la tradition de « promenade de mariage »⁵⁴⁶ pour les petites filles.

À propos de la polygamie, il avance : « je considère qu'il est conforme au bien islamique et social de l'interdire actuellement. Cette interdiction serait conforme à la jurisprudence islamique, car le Coran est clair à ce propos, et souligne cette interdiction chaque fois que l'on a peur d'être injuste envers sa famille »⁵⁴⁷. Comme il est impossible d'être équitable en ayant deux, trois ou quatre femmes, El Fassi conclut qu'il faudra supprimer la polygamie.

L'essentiel des thèses de El Fassi s'articule autour d'un appel pour retourner aux textes originels de l'Islam afin d'améliorer la situation de la femme. C'est une forme de persistance des idées de *Nahda* notamment celles défendues par Abdou.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, p. 293.

⁵⁴⁶ Dans les grandes familles, notamment, fassies, il était coutume que les parents réservent à leur petit enfant une future épouse (encore petite) après l'accord de ses parents.

⁵⁴⁷ EL FASSI A., *Al naqd al dati (l'autocritique)*, op. cit., p. 291.

Conclusion

Dans ce titre nous avons exposé les normes juridiques régissant le statut juridique de la femme marocaine. Ces règles d'essence religieuse ou coutumière mettaient les femmes dans un rang inférieur par rapport aux hommes. Les colonisateurs français n'ont pas cherché à s'immiscer sur le statut personnel local. Leur principal objectif est le maintien de l'ordre public, condition indispensable à l'exploitation optimale du territoire colonisé⁵⁴⁸.

De même, l'échec de la politique « interventionniste » de la France en Algérie a eu un impact direct sur le Maroc. Le colonisateur a compris qu'il ne fallait pas s'approcher du religieux en pays musulman. Exception faite de la réforme du statut de la femme kabyle pour le rapprocher de celui de la femme arabe musulmane. Le caractère non religieux des coutumes kabyles et la nature même de « coutumes » semblent favoriser, dans son esprit, l'introduction de cette réforme.

Au Maroc, de même, les coutumes berbères défendues par le protectorat ne jouaient pas forcément en faveur des femmes. Exception faite des femmes berbères du Haut Atlas oriental, à qui la coutume accorde le droit de répudier son mari à tout moment ou de la coutume de *tamazalt* dans le Sous qui reconnaît à la femme une partie du patrimoine familial en cas de divorce ou de décès du mari. Reste à savoir comment ce pluralisme juridique se pratique devant les juridictions indigènes et si la jurisprudence de la période coloniale protège les droits de la femme marocaine au sein du couple.

⁵⁴⁸ NDIYAE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 74.

Titre II- UNE PRATIQUE JUDICIAIRE EN ACCORD AVEC LES OBJECTIFS COLONIAUX ?

Après avoir montré la nature et l'importance limitée de l'incursion des autorités coloniales dans les statuts personnels des femmes marocaines par le biais des textes réglementaires et législatifs, il faut se demander si les changements ne sont pas plutôt intervenus par l'intermédiaire des pratiques judiciaires, c'est-à-dire lors de leur application par les tribunaux chérifiens (Chapitre 1). Singularités qui se présentent devant les tribunaux, ces règles peuvent se retrouver en concurrence avec d'autres. Plus précisément, il arrive que les règles des statuts personnels marocains soient en conflit avec une loi étrangère, comme dans le cas des mariages mixtes. Quelle loi prévaut alors et selon quelles justifications ? Dans ces conflits, est-ce la logique du droit international ou celle du droit colonial qui est choisie par le juge (chapitre 2) ?

CHAPITRE I - LES JURIDICTIONS INDIGENES ET L'APPLICATION DES REGLES DU STATUT PERSONNEL

Nous avons vu qu'en matière de statuts personnels, existaient au Maroc trois systèmes juridiques (malékite, berbère et israélite) qui correspondent aux trois ordres juridictionnels (*chra'a*, coutumier et rabbinique). Ainsi, chaque ordre judiciaire applique sa propre loi. La question qui se pose est de savoir si chaque ordre applique strictement son droit local. Est-ce que les magistrats autochtones ne vont pas chercher, par le biais de leur pouvoir prétorien, à moderniser les droits applicables ?

Afin de répondre à cette question, nous avons analysé la jurisprudence en nous fondant sur les jugements et les arrêts des juridictions marocaines. Ces sources proviennent d'une part, des revues juridiques coloniales, et plus particulièrement, de la *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*⁵⁴⁹, de la *Revue marocaine de législation, doctrine, jurisprudence chérifiennes (Droit musulman, coutumes berbères, lois israélites)* de 1935 à 1939⁵⁵⁰ et de la *Revue Marocaine de Droit* publiée à partir de 1948⁵⁵¹. D'autre part, nous avons dépouillé les décisions produites dans des ouvrages ou des recueils judiciaires à l'instar du *Recueil de jurisprudence chérifiennes* de L. Millot dont les trois premiers volumes sont parus entre 1919 et 1924. Son travail fut continué par J. Lapanne Joinville en 1952. D'autres décisions se trouvent éparpillées dans quelques ouvrages juridiques, comme celui d'Aspinion *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : études sur les coutumes des tribus Zayanes*⁵⁵² et d'Elie Malka, *Essai sur la condition de la femme juive au Maroc*⁵⁵³. Enfin, nous avons pu exploiter un fond important d'arrêts du Tribunal d'Appel de Chra'a (en arabe), réunis dans plusieurs livres et exposés au

⁵⁴⁹ La *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence* succède en 1885 au *Bulletin judiciaire de l'Algérie*. Elle devient, par la suite, en 1913, la *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*.

⁵⁵⁰ Créée en 1935 par Paul Zeys. Comme son nom l'indique, cette revue permet l'étude et la diffusion du droit musulman, des coutumes berbères, du droit israélite, ainsi que de la jurisprudence qui émane des tribunaux marocains.

⁵⁵¹ Revue mensuelle, éditée à Casablanca par M. Meylan et F. Darmon, avocats au barreau de Casablanca, elle succède à la *Revue marocaine de législation, doctrine, jurisprudence chérifiennes (Droit musulman, coutumes berbères, lois israélites)* en 1948 et elle s'arrête en 1966.

⁵⁵² ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, *op. cit.*

⁵⁵³ MALKA E., *Essai sur la condition juridique de la femme juive au Maroc*, Paris, librairie générale du droit et de la jurisprudence, 1952.

sein de la bibliothèque de la Cour de cassation marocaine et qui n'avait pas fait, à notre connaissance l'objet d'analyse jusqu'à présent⁵⁵⁴.

Ainsi les décisions dépouillées nous permettent de nous interroger sur la pratique judiciaire autochtone aussi bien des juridictions *chra'a* (section 1) que des juridictions coutumières (section 2) et rabbiniques (section 3).

Section 1- Le Tribunal d'Appel de Chra'a : l'effort d'unification du droit

Les décisions réunies et étudiées dans cette section sont des arrêts de la plus haute juridiction de *chra'a* : le Conseil Supérieur des Oulémas créé en 1914⁵⁵⁵, devenu en 1921 le Tribunal d'Appel de Chra'a (TACH).

En effet, le tribunal d'Appel constitue le sommet de la hiérarchie du *chra'a*, une assemblée judiciaire délibérant à plusieurs voix. Trois magistrats et un président⁵⁵⁶ siègent au TACH. Recrutés par les autorités du contrôle, ces juges sont nommés par *dahir* du Sultan. Les arrêts rendus par cette institution peuvent soit confirmer purement et simplement le jugement rendu par le *cadi*, soit l'annuler et renvoyer les parties devant un autre *cadi* ou devant toute autre juridiction si le *cadi* n'est pas compétent, soit enfin l'amender et le réformer en partie ou en totalité⁵⁵⁷. Cette juridiction statue en dernier ressort, aucun recours n'est possible contre ses décisions. Il faudra toutefois noter que dans des cas exceptionnels, celles-ci peuvent faire l'objet d'une révision par le Sultan. Le contrôle du TACH est exercé par un commissaire du gouvernement qui dépend de la direction des affaires chérifiennes. Étranger en principe au fond du droit, ce fonctionnaire exerce une action formelle sur les dossiers d'appel dont le tribunal est saisi. Il contrôle les correspondances entre les *cadis* et la juridiction d'appel. Il fait respecter, en outre, par moyen de réquisitions, les règles de

⁵⁵⁴ Sous les ordres du Roi Mohamed VI, les décisions du Tribunal d'Appel de Chra'a sont réunies et éditées, dans neuf volumes. Ces livres se trouvent au sein de la bibliothèque de la Cour de cassation marocaine.

⁵⁵⁵ Créé par la réforme du 7 juillet 1914.

⁵⁵⁶ Deux présidents connus du TACH, sont Mohamed Ben Larbi Alaoui et Mohamed El Hajoui.

-Mohamed Ben Larbi Alaoui : Né en 1880 à M'daghra, au sud-est du Maroc et décède à Fez en 1964. *Alem* et intellectuel renommé, il préside le TACH de 1920 à 1936, pour devenir ensuite ministre de la Justice en 1936. Il est démis de ses fonctions en 1944 quand il change de position et se rallie au mouvement national. Son engagement politique à l'égard du colonialisme lui a valu l'exil à Tiznit en 1953. Ce juriste est un réformiste, fervent opposant aux pratiques maraboutiques représentées par les *Zaouias*. Il prône également l'instruction de la femme et même son entrée dans le monde du travail. Cf. BELKBIR A. *Cheikh alislam Mohamed Belarbi Alaoui : Assalafia, alwataniya wa dimocratiya*, Maison de réussite nouvelle, 2014.

-Mohamed El Hajoui (1874-1956) : *Alem*, *cadi* et historien fassi. Président du TACH puis ministre de la Justice. Il est accusé de coopération avec le colonisateur et son nom est inclus dans la liste des traîtres. Il prône l'instruction des filles qui se réduit toutefois à l'enseignement primaire.

⁵⁵⁷ LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa*, Paris, Recueil Sirey, Tome IV, 1952, p. 3.

compétences générales et internes de la législation issue du Protectorat⁵⁵⁸. Par sa position au sommet de la hiérarchie de *chra'a*, ce tribunal est appelé à contrôler la justice de *chra'a* et à assurer l'unité de la jurisprudence.

Le nombre des affaires portées devant le TACH est en constante augmentation. Alors que le nombre des affaires annuelles instruites par cette juridiction était de 20 lors de sa création en 1914, ce nombre est passé de 1920 à 1923, à 80 ou 90 ; il a atteint 125 entre 1924 et 1928 ; et plus de 200 pour les années 1930 à 1939. À partir de 1940, ce chiffre commence à dépasser les 500 appels annuels⁵⁵⁹.

À partir de l'étude de ces décisions, nous nous sommes demandés si le TACH appliquait strictement le droit musulman malékite ou s'il s'en affranchissait. Pour répondre à cette question, nous examinerons successivement la jurisprudence liée au mariage (§1) puis à sa dissolution (§2).

§1- Le mariage : la preuve testimoniale et l'entretien de la femme en état de rébellion

Le mariage proprement dit (*nikah*) est « le contrat classique, passé devant les adoul, par lequel un homme prend pour épouse, moyennant une certaine dot, une femme représentée par son tuteur matrimonial »⁵⁶⁰. À côté de cet acte, qui établit le mariage par la consignation écrite des consentements, une autre forme existe et qui consiste à faire constater l'existence d'un mariage qui n'avait jamais donné lieu jusque-là à une convention écrite : c'est la « reconnaissance de mariage » (*mokarara*) ou « aveu mutuel fait par les époux des liens matrimoniaux qui les unissent depuis un laps de temps variable de quelques jours à plusieurs années »⁵⁶¹.

Dans les grandes villes du Maroc colonisé, on recourt souvent aux adouls pour la conclusion du mariage. Une pratique courante chez les bourgeois et dans d'autres classes de la société. Une partie du prolétariat marocain continue, toutefois, à suivre les usages des gens du *bled* et ne consigne jamais ses unions. Effectivement, une enquête réalisée à Casablanca en 1951 par la sociologue Anne-Marie Baron révèle que les Casablancais ne se marient pas de la même manière suivant leurs classes sociales ou le quartier où ils vivent. 80% des actes

⁵⁵⁸ Cf. Chapitre préliminaire, section 1, §1.

⁵⁵⁹ LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa, op.cit.*, p. 3.

⁵⁶⁰ BARON A-M., « Mariages et divorces à Casablanca », *Hespéris*, 1953, p. 423.

⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 423.

écrits sont établis par des personnes résidants dans la nouvelle médina, tandis que moins de 3% de ces actes sont célébrés pour les habitants des bidonvilles⁵⁶². Également, cette enquête souligne l'importance relative des reconnaissances de mariage (*mokarara*) : « L'usage répandu de ce procédé exceptionnel en principe, traduit-il seulement la permanence considérable de formes d'unions traditionnellement et presque exclusivement chez les ruraux ou bien faut-il voir, au contraire, dans ce vaste mouvement de déclaration à la *mahakma* le signe d'un grand nombre d'unions non écrites pour commencer, mais avec tendance à le devenir par la suite, sans qu'il soit possible de dire s'il s'agit de la consécration d'un mariage à l'essai voire, de la légitimation d'un concubinage, ou de la consignation écrite d'une union authentique ? »⁵⁶³. Comme on le vient de le voir, à Casablanca, qu'il s'agisse de l'acte de « *Nikah* » ou de « *mokarara* », les deux tendaient à être enregistrés au tribunal, et favorisaient la pratique de la transcription écrite des actes du mariage.

Cependant, dans les campagnes, les mariages entre musulmans marocains sont généralement conclus devant les notables du *douar* (*jma'a*), qui conservent dans leur mémoire le souvenir de l'acte accompli. Des voix se sont élevées contre cette pratique. Le *cadi* de Taza Beaulieu s'est révolté contre la conclusion des mariages devant les *jma'a* dès 1933, et a demandé aux services du contrôle civil des sanctions contre ces mariages⁵⁶⁴. Une note signée à Rabat le 1^{er} août 1953 intitulée « Conclusion de mariage entre musulmans marocains » va dans le même sens. Cette note évoque le fait que le *makhzen* et la jurisprudence tentent de supprimer la preuve testimoniale et qu'un projet de *dahir* contraint les époux mariés devant la *jma'a* à régulariser leurs unions devant le *cadi*, et pour l'avenir à n'autoriser la consommation du mariage qu'après conclusion de ceux-ci devant l'*adoul*⁵⁶⁵. Son auteur y ajoute : « Le tribunal d'Appel de Chraa vient également de modifier soudainement sa jurisprudence antérieure. Confirmant un jugement du *cadi* de Mazagan, il n'a pas admis que le témoignage du mariage put être administré par le témoignage de notables, rendant ainsi obligatoire l'intervention des *adouls*. La direction des affaires chérifiennes a sursis à la transmission de cet arrêt »⁵⁶⁶. Malheureusement la note ne

⁵⁶² *Ibid.*, p. 426.

⁵⁶³ *Ibid.*, p. 425.

⁵⁶⁴ CADN, DI-1MA-200-725. Lettre du contrôleur civil chef de la circonscription de Taza Baulieu au directeur des affaires indigènes, Taza, le 3 août 1933.

⁵⁶⁵ CADN, DI-1MA-200-725. Du conseiller du gouvernement chérifien à monsieur le directeur de l'intérieur sur la conclusion du mariage entre marocains musulmans, Rabat, le 1^{er} août 1953.

⁵⁶⁶ *Ibid.*

mentionne pas la date de l'arrêt et nous n'avons retrouvé aucune trace de cette décision ni du projet de dahir susvisé.

En somme, malgré les tentatives de généralisation de la consignation écrite du mariage, le mariage consensuel continuait à se pratiquer. La question qui se pose, donc, c'est comment prouver ces mariages non écrits (A) ? Une fois le lien matrimonial établi, il crée des obligations à l'encontre de chaque époux durant la vie conjugale et parfois même après le divorce. Par exemple, l'obligation d'entretien de la femme qui incombe au mari musulman persiste pendant le délai de retraite légale de la femme, et même si elle a quitté le domicile conjugal sans autorisation de son mari (B).

A. La preuve testimoniale du mariage : l'exigence d'un formalisme rigoureux

Le monde rural a toujours connu, au Maghreb, la forme consensuelle du mariage. Il suffisait que la *jma'a* soit témoin aux noces, sans aucune intervention des adouls ou établissement de contrat. Au Maroc, pour qu'un mariage soit valide, il faudra respecter quelques règles strictes : la présence du *wali*, l'échange de consentement, la détermination du *sadak* et la présence de douze témoins ou deux témoins honorables, qui authentifient une union conclue sans acte écrit.

L'échange de consentement constaté devant témoins constitue, en effet, la condition essentielle du mariage en droit malékite, elle assure la publicité de l'acte ainsi que la preuve de son existence. Si l'acte de mariage n'a pas été consigné, la conclusion de celui-ci peut être prouvée par témoignage (deux personnes honorables ou douze témoins *lafif*). Alors quelles sont les conditions pour que la preuve testimoniale soit valable ?

Dans son rôle d'unificateur de la jurisprudence de *chra'a*, le TACH a toujours exigé que les témoins attestent avoir assisté personnellement et directement à la conclusion du mariage. Ils doivent indiquer les divers éléments de validité de celui-ci : tuteur matrimonial, dot, échange des consentements.

Dès 1935, Le TACH insiste sur le fait que l'acte de notoriété produit doit mentionner le *sadak* et le tuteur et par là, il infirme le jugement du *cadi* d'Oued Zem qui avait ordonné le retour de la femme à son époux. Pour la haute juridiction, les effets de la répudiation irrévocable (*khoul* en l'occurrence) subsistent lorsque la reprise des liens conjugaux n'est

pas établie dans les mêmes formes que le premier mariage. L'acte de notoriété produit ne mentionne pas le *sadak* et le tuteur⁵⁶⁷.

De surcroît, la haute juridiction considère que le mariage est un acte créateur, les bases de témoignage ordinaire qui sont les relations de voisinage, fréquentation et connaissance des faits ne suffisent pas. Une base particulière est indispensable : l'audition de l'échange de consentement. Les témoins doivent, donc, à peine de nullité, témoigner catégoriquement de la conclusion de l'acte. Être présents au moment de l'échange de consentement et en mesure de relater toutes les circonstances ayant entouré celui-ci⁵⁶⁸.

Le tribunal d'Appel, dans les motifs d'un arrêt (numéro 5111)⁵⁶⁹, précise nettement sa position à cet égard : la demanderesse avait produit un acte de notoriété *lafif*. Les douze témoins attestent qu'elle était mariée au défendeur depuis deux ans, jusqu'au jour où ce dernier l'avait expulsé de chez lui alors qu'elle était enceinte de six mois. C'est le frère de la demanderesse qui avait conclu l'acte de mariage et une somme constituant la dot avait été consentie. Le tribunal a écarté cet acte comme présentant des vices au point de vue du fond et de la forme. D'une part, les témoins n'ont pas témoigné de la conclusion du mariage par l'emploi d'une formule, laquelle est un des éléments essentiels du mariage, les témoins ont simplement témoigné que les deux parties au litige étaient valablement mariées. D'autre part, en la forme, « les témoins ont basé leur témoignage sur les relations de voisinage et la connaissance des faits, bases insuffisantes lorsque l'une des parties le nie ; qu'il faut, en cette matière une base particulière (*mustanad khass*), car le mariage est au nombre des actes créateurs requérant l'offre du tuteur matrimonial et l'acceptation de l'époux, choses qui ne peuvent être perçues que par l'ouïe »⁵⁷⁰.

Dans une autre affaire (4444), le TACH rejette un acte de notoriété *lafif* destiné à prouver le mariage et rappelle l'exigence d'une base particulière : « Attendu que les bases du témoignage des témoins, fondées sur la fréquentation, les relations de voisinage et la connaissance (*ittila*) ne sont pas légalement suffisantes pour établir le mariage : celui-ci requiert une base particulière démontrant l'existence de la formule (*sigha*), à savoir l'offre

⁵⁶⁷ TACH, 30 juillet 1935, *RM*, n° 9, 1939, p. 4.

⁵⁶⁸ TACH, 26 avril 1947, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa, op. cit.*, p. 5.

⁵⁶⁹ La date de l'arrêt n'est pas indiquée par LAPANNE-JOINVILLE dans son recueil.

⁵⁷⁰ *Op. cit.*, p. 7.

par le tuteur matrimonial et l'acceptation par l'époux, chose qui ne peut résulter que de l'aveu ou de la prise à témoin (ishhad) »⁵⁷¹.

Dans la suite d'une série d'arrêts qui exigent le témoignage direct, le tribunal d'Appel dans un arrêt du 17 avril 1942 récuse l'acte de notoriété pour défaut de forme et de fond⁵⁷². Sur le fond, la formule de consentement et le tuteur ne figurent pas dans l'acte de notoriété. Tandis que pour la forme le fait pour les témoins de baser leur témoignage sur la fréquentation et la connaissance des faits n'est pas légalement suffisant en matière d'acte de mariage.

Dans un autre arrêt du 22 décembre 1947, la haute juridiction a rejeté une nouvelle fois un acte de notoriété⁵⁷³. En l'espèce sept personnes seulement ont porté témoignage, les cinq autres n'ont pas témoigné du mariage, mais simplement de l'aveu passé par la mère de l'existence de cette union ainsi que du silence gardé par la fille. Pour la haute juridiction, le *lafif* doit à peine de nullité, indiquer le nom du tuteur matrimonial, l'échange des consentements, et dans le cas où le droit de *djebr* ne peut être appliqué, attester que la femme a consenti au mariage et a donné à son tuteur matrimonial le mandat de conclure en son nom le contrat.

Enfin, une affaire passée devant le TACH le 14 décembre 1948 confirme la position rigoureuse de ce tribunal. Le suppléant du cadî a déclaré le mariage valable, car l'acte de notoriété produit semble bien énumérer toutes les conditions de validité de mariage. L'acte de notoriété sur lequel le demandeur a appuyé sa requête est le suivant :

« Les témoins déclarent connaître, d'une manière parfaite et suffisante légalement de vue, de nom et d'origine, les nés L... et A...

Et affirment en outre :

Que le premier L... a demandé, dans les formes du Livre et de la Tradition, et par l'intermédiaire d'un groupe de personnes, au second A...la main de sa fille, vierge et sous sa tutelle, dénommée M... ;

Que L...y a répondu par acceptation parfaite et que la dot a été fixée à 13000 francs ;

⁵⁷¹ *Ibid.*

⁵⁷² TACH, 17 avril 1942, Cour Suprême, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala fi almada alakariya wafi madat alahwal chakhsiya (1940-1957) (Arrêts de la cour d'appel de chraa en matière immobilière et en matière de statut personnel (1940-1957))*, Rabat, Centre d'édition et de publication judiciaire, tom VI, 2009, p. 72.

⁵⁷³ TACH, 22 décembre 1947, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa, op. cit.*, p. 24.

Que A... leur a versé, au titre de ce que l'on appelle « zerharit » (cris de joie) : un mouton, un pain de sucre, 40 réaux pour prix de henné et deux litres de miel ;

Que les cris de joie ont été poussés, le mouton abattu et des repas servis ; qu'y étaient présents une assemblée de lettrés (tolbas) et des imams lesquels ont célébré la cérémonie de la « Fatiha » ;

Tout ceci est à la connaissance des témoins qui en sont certains par suite de leurs rapports de relations et de voisinage et en raison de leurs informations personnelles ».

Cependant, le TACH a rendu un arrêt infirmatif et a rejeté cet acte pour un motif purement de forme. Le témoignage doit être oculaire. En l'espèce les témoins n'affirment pas expressément avoir assisté en personne à l'échange de consentement. Ils se contentent de fonder leur témoignage sur leurs relations de voisinage et leurs connaissances des faits⁵⁷⁴.

B. Harchaoui⁵⁷⁵, dans sa note annexée à l'arrêt, se demande étant donné la façon précise dont les faits sont relatés par les témoins, si ceux-ci n'ont pas réellement assisté à l'échange de consentement. Ont-ils vraiment été interpellés par les adouls sur la base de leur connaissance des faits ? Ne peut-on penser que les adouls ont reproduit dans l'acte en cause la formule notariale pratiquée dans la plupart des notoriétés *lafif* ? Il conclut que le TACH, statuant sur les titres, s'attache étroitement à la lettre des actes qui lui sont soumis⁵⁷⁶.

Supposons que les témoins n'aient pas assisté aux échanges de consentement, ne peut-on pas se contenter en l'occurrence de la preuve par ouï-dire, sachant que Khalil disait que « s'il y a contestation entre les deux époux, au sujet du mariage, son existence est établie par témoignage, encore qu'il soit par ouï-dire et relatif au son des tambourins et à la fumée des cuisines »⁵⁷⁷. Pour lui, il suffit que le mariage soit célébré par une fête, et que le repas des noces soit décelé par la fumée des cuisines, pour conclure à l'existence du mariage.

Comme on le voit, le TACH a une position restrictive concernant la question de la preuve du mariage. Il exige que les témoins soient présents au moment de l'échange des consentements, et qu'ils soient en mesure de relater toutes les circonstances ayant entouré la conclusion de l'acte du mariage, comme l'auraient fait les adouls appelés à dresser l'acte au moment de la conclusion de celui-ci.

⁵⁷⁴ TACH, 14 décembre 1948, *RMD*, 1949, p. 109.

⁵⁷⁵ Interprète civil principal.

⁵⁷⁶ TACH, 14 décembre 1948, *RMD*, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁷⁷ KHALIL IBN ISH'AK, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam Malek*, *op. cit.*, p. 58.

De ce qui précède nous constatons que le TACH n'accepte que le témoignage direct, pourtant si nous retournons vers la littérature malékite, ce type de témoignage n'est pas le seul valable pour prouver le mariage. Le témoignage oculaire a toujours été admis⁵⁷⁸. La seule condition est que la preuve par ouï-dire détaille comme la preuve directe les circonstances de la conclusion du mariage. Les deux adouls ou les douze témoins *lafif* doivent, selon al-Mattiti, « attester avoir entendu dire, de la bouche des gens honorables et autres qu'un tel a épousé une telle moyennant une dot fixée à tant ; que son tuteur matrimonial, untel, a conclu pour celle-ci le mariage avec son agrément et que ledit mariage est devenu public et notoire par tambourins et fumée »⁵⁷⁹.

Cette position rigoureuse du TACH est due, sans doute, au fait que durant la période coloniale, la justice *chra'a* se focalisait sur les documents et les *lafifs* produits, au lieu d'interroger les parties sur les faits. Ainsi on se retrouve en présence de décisions irréalistes, qui n'accordent aucune importance à l'intérêt de la famille ou de l'enfant, pourtant promu par le droit musulman. Il est regrettable qu'à chaque fois le droit de l'enfant à une filiation légitime soit bafoué pour une simple question de formalisme, comme dans le cas de la décision n° 5111 et l'arrêt du 17 avril 1942 cités plus haut ou dans d'autres arrêts du TACH (ex : arrêts du 24 mai 1944⁵⁸⁰ et du 20 janvier 1945⁵⁸¹). En rejetant la preuve testimoniale dans ces décisions, le tribunal d'appel rejette également la filiation légitime des enfants, dans une société où seule la filiation légitime fait accéder aux droits.

Pourquoi un formalisme aussi rigoureux ? Est-ce une incitation éventuelle à la conclusion de l'acte du mariage par écrit ? N'y a-t-il pas là une influence du droit français, à la fois plus strict sur la procédure et pour lequel la preuve écrite est capitale ? Peut-être n'est-ce pas tant une pression des autorités françaises, mais une initiative des juges du *chra'a* eux-mêmes pour se conformer à ce qu'il considère être une préoccupation du colonisateur ? La question se pose du fait que ces juges, même s'ils sont nommés officiellement par dahir

⁵⁷⁸ « Le témoignage par commune renommée est admis pour prouver la grossesse, le mariage, le commun allaitement » HOUDAS O. MARTEL F., *Traité de droit musulman, la Tohfat d'Ebn Acem*, texte arabe avec traduction française, commentaires juridiques et notes philologiques, Alger, Gavault Saint-Lager, 1882-1893, V. 177, p. 83. Cf. également, AZ-ZURKANI, *Sharh moukhtasar Khalil (Exégèse de l'abrégé de Khalil)*, t IV, Le Caire, 1307, p. 41 et TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, corrigé par CHAHIN M-A, Bayrût, Maison des livres scientifiques, Tome I, 1978, p. 132-133.

⁵⁷⁹ Cité par TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (la joie dans l'explication de la Tohfa)*, op. cit., p. 132.

⁵⁸⁰ TACH, 24 mai 1944, Cour suprême, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala fi almada alakariya wafi madat alahwal chakhsiya (1940-1957) (Arrêts de la cour d'appel de chraa en matière immobilière et en matière de statut personnel (1940-1957))*, op. cit., p. 57.

⁵⁸¹ TACH, 20 janvier 1945, *ibid.*, p. 118.

du Sultan, sont recrutés par les autorités du contrôle. En l'absence de témoignages ou de points de comparaison, ces questions demeurent pour le moment sans réponses.

Une fois le mariage établi ou conclu, des obligations naissent de ce lien. Ces devoirs subsistent pendant toute la durée du mariage et parfois même après le divorce. Nous citons à titre d'exemple, l'obligation d'entretien de la femme qui persiste pendant la période de continence, et même si la femme a quitté le domicile conjugal sans autorisation.

B. L'entretien de la femme en état de « Nouchouz »

Conformément au droit musulman classique, l'époux est le chef de la famille, c'est à lui de subvenir aux besoins de sa femme et de ses enfants. L'obligation d'entretien de la femme dure pendant le mariage et persiste pendant la période de continence en cas de répudiation révocable. Il cesse à la date de sa répudiation irrévocable⁵⁸². La femme enceinte a droit à une pension de grossesse du jour de la répudiation jusqu'à l'accouchement, même si la grossesse ne s'est manifestée qu'après la répudiation⁵⁸³.

Sauf preuve contraire, tant que dure le mariage, l'épouse est présumée être présente au domicile conjugal et y percevoir son entretien⁵⁸⁴. Qu'en est-il de la femme qui a quitté le domicile conjugal ? Peut-elle prétendre à son droit d'être entretenue par son mari pendant cette période de rébellion ? Quelle est la position de la jurisprudence ?

1. La notion de « Nouchouz » dans le rite malékite

Dans son commentaire du précis de Khalil, Az-zurkani distingue entre trois sortes de comportements pouvant être considérés comme « Nouchouz » ou rébellion de la part de la femme : le refus d'entretenir des rapports sexuels avec son mari, le refus de se laisser caresser ou l'abandon du domicile conjugal sans autorisation de celui-ci. Les deux premières formes de rébellion privent la femme du droit à l'entretien pendant la durée du refus, sauf excuse

⁵⁸² TACH, 22 mars 1947, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa, op. cit.*, p. 61.

⁵⁸³ TACH, 6 janvier 1948, *ibid.*, p.92 et TACH, 22 avril 1944, Cour suprême, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala fi almada alakariya wafi madat alahwal chakhsiya (1940-1957) (Arrêts de la cour d'appel de chraa en matière immobilière et en matière de statut personnel (1940-1957))*, *op. cit.*, p. 407-411.

⁵⁸⁴ « En cas de contestation sur le versement de celui-ci, c'est le dire du mari qui fait foi, appuyé du serment. Lorsqu'il est établi, par preuve ou par aveu du mari, que la femme était hors du domicile, la charge de la preuve est renversée : c'est le dire de la femme affirmant être restée sans pension qui fait foi, appuyé du serment », TACH, 28 février 1947, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa, op. cit.*, p. 52.

légitime de celle-ci telle que son état de grossesse⁵⁸⁵. Le fait, pour la femme, de quitter le domicile conjugal sans autorisation de son époux, ne la prive de son droit à l'entretien, selon Az-zurkani, qu'à six conditions⁵⁸⁶ :

- 1) Le départ a lieu sans autorisation du mari.
- 2) L'époux est impuissant à faire retourner sa femme à la maison, que ce soit par lui-même, ou en lui envoyant des médiateurs, ou enfin par la saisie de juge. Le cas échéant, le droit à l'entretien subsiste.
- 3) L'inexistence de motif valable. La femme, victime de sévices de la part de son mari et qui a fui le logement familial ne peut être considérée en état de rébellion.
- 4) Le mari est présent.
- 5) La femme est sous la puissance maritale, ce qui exclut le cas de la femme répudiée révocablement.
- 6) L'épouse n'est pas enceinte, puisqu'en cas de grossesse, elle n'est plus seule à bénéficier de l'entretien. Elle a un associé : l'enfant dans son sein.

Ce droit d'entretien est imprescriptible, et la femme peut à tout moment en réclamer le remboursement au mari qui a négligé de la mettre judiciairement en demeure de reprendre la vie commune. Toutefois, la femme n'a pas droit au paiement des frais de logement, car en allant habiter ailleurs sans autorisation de son mari, elle a perdu son droit d'habitation. En somme, la femme ne perd totalement droit à la pension qu'à partir du moment où elle refuse d'obéir à la décision de juge de réintégrer le domicile conjugal. Cette mesure de réintégration est ordonnée par le juge après débats contradictoires. Ces conditions sont-elles observées rigoureusement par les juridictions de *chra'a* ?

2. La stricte application des conditions de *Nouchouz* par le TACH

D'après les conditions citées ci-dessus, la femme ne perd totalement son droit d'entretien que si elle s'est enfuie du domicile familial, sans motif valable et que l'époux

⁵⁸⁵ La preuve du refus de la femme incombe au mari. La simple allégation de celui-ci qu'elle se refuse à l'acte conjugal ne sera pas admise si la femme dénie ses dires et affirme que l'empêchement vient de lui. Le mari serait en effet suspect de vouloir, par ce moyen, priver sa femme de l'entretien. La preuve de l'excuse à se refuser, lorsque le mari la dénie, incombe à la femme. Cf. AZ-ZURKANI, *Sharh moukhtasar Khalil (Exégèse de l'abrégé de Khalil)*, t IV, Le Caire, 1307, p. 250. Cité par LAPANNE-JOINVILLE J., « L'Obligation d'entretien (nafaqa) de l'épouse dans le rite malékite », *RMD*, Mars 1951, p. 105.

⁵⁸⁶ AZ-ZURKANI, *Sharh moukhtasar Khalil (Exégèse de l'abrégé de Khalil)*, t IV, Le Caire, 1307, p. 251. Cité par *ibid.*

ignore l'endroit de son refuge ou que l'époux n'est pas en mesure de de la citer devant la justice. Si le mari n'a fait aucune démarche pour la faire réintégrer le domicile conjugal, la femme conserve son droit à l'entretien.

Le TACH et les cadis font une juste application des principes susvisés. En effet, dans un arrêt du 12 février 1949, la haute juridiction décide que la femme conserve son droit à l'entretien depuis le jour de son départ à moins que le mari n'ait été dans l'impossibilité de la contraindre via la justice à réintégrer le domicile conjugal⁵⁸⁷. Le TACH motive sa décision par le fait que « la pension est due à la femme pendant la durée de son absence du domicile, car le mari n'a pas justifié de ses diligences pour lui faire réintégrer la maison, alors surtout qu'il se trouve dans un pays où la justice est partout présente et où il est facile de s'adresser à elle. Son silence, dans ces conditions, devient un acquiescement à son départ »⁵⁸⁸. Dans le même sens, la haute juridiction décide, dans un arrêt du 25 octobre 1952, que l'épouse qui a quitté le domicile conjugal sans autorisation de son mari ne perd son droit à la pension d'entretien que si celui-ci a été impuissant à empêcher son départ et à l'y faire réintégrer.

Le droit d'entretien reconnu à la femme qui quitte le domicile conjugal sans autorisation inclut-il le paiement des frais du loyer ? Le TACH répond par la négative dans un arrêt du 13 décembre 1918⁵⁸⁹. En effet, la femme qui a quitté le domicile conjugal sans l'autorisation de son mari ne peut revendiquer contre celui-ci le loyer de sa nouvelle habitation. L'époux ne doit toutefois plus payer les frais du logement, car en allant habiter ailleurs contre la volonté du mari, elle a perdu son droit à l'habitation⁵⁹⁰.

Cependant, ce droit persiste lorsque la femme « rebelle », en fuite, est enceinte. Elle a droit à la *nafaka* car elle porte un enfant en son sein. Ce principe du *fikh* malékite est appliqué strictement par la jurisprudence du TACH, dans un arrêt du 9 mars 1935⁵⁹¹. En l'espèce, une femme, en état de grossesse, a quitté le domicile conjugal, sans autorisation de son mari. Elle a vécu pendant trois mois et demi chez son père, puisque la cohabitation avec sa belle-famille est devenue insupportable. Elle faisait l'objet de maltraitance de leur part, alors qu'elle était enceinte. Pour le cadî, la question du droit d'entretien de la femme « nachiza » ne se pose que lorsque celle-ci n'est pas enceinte. La grossesse accorde

⁵⁸⁷ TACH, 12 février 1949, *RMD*, 1951, p. 136.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, p. 137.

⁵⁸⁹ TACH, 13 décembre 1918, MILLIOT L., *Recueil de jurisprudence chérifienne, Tribunal du ministre chérifien de la justice et Conseil supérieur d'Ouléma (Medjlès al-Istinaf)*, tome III, Paris, Ernest Leroux, 1924, p. 24.

⁵⁹⁰ LAPANNE-JOINVILLE J., « L'Obligation d'entretien (*nafaqa*) de l'épouse dans le rite malékite », *op. cit.*, p. 107.

⁵⁹¹ TACH, 9 mars 1935, *RM*, n° 1, 1935, p. 20.

automatiquement à la femme, le droit à la *nafaka*, en tout état de cause. La haute juridiction confirme le jugement du cadî de Taza. Elle décide que la femme a droit au remboursement des frais d'entretien pour le temps qu'elle a passé chez ses parents.

C'est probablement, par conformisme juridique, que les juridictions de *chra'a* s'efforcent de garantir le droit d'entretien de la femme musulmane, qu'il s'exerce pendant le mariage ou après sa dissolution. Cette dissolution prend plusieurs formes et le TACH est souvent appelé à trancher les litiges qui en découlent.

§2. La dissolution du mariage

En droit musulman malékite, il existe quatre modes de dissolution du mariage. Le décès de l'un des époux, la répudiation, le divorce judiciaire et la nullité du mariage. En cette matière, les arrêts réunis et retrouvés, traitent soit la question de la preuve de la répudiation (A), soit du divorce pour sévices et sa preuve (B), soit enfin de la nullité du mariage (C).

A. La preuve testimoniale de la répudiation

En droit musulman, la répudiation ne nécessite aucune forme solennelle. Le simple prononcé par le mari d'une formule de répudiation suffit. Aucune autre condition n'est requise. La présence des témoins, ou même de la femme n'est pas exigée. Toutefois, pour que le mariage cesse de produire ses effets, il faut que soit rapportée la preuve du prononcé de la répudiation, ou de l'aveu qu'en a fait le mari.

La répudiation est établie soit par preuve écrite préconstituée, déclarée devant adouls soit postérieurement à l'acte, par preuve testimoniale, adoulaire ou *lafif*. Dans ce dernier cas, les douze témoins *lafifs* doivent, à peine d'irrecevabilité, déclarer avoir assisté personnellement au moment du prononcé de la répudiation ou de son aveu par le mari. Se baser sur de simples relations de parenté ou de fréquentation serait insuffisant. Comme en matière du mariage, l'acte de notoriété fondée sur le oui-dire est non admis en matière de preuve de la répudiation.

En effet, le TACH déclare dans un arrêt du 17 mai 1949⁵⁹² que la répudiation peut être prouvée par témoignage *lafif*, mais le juge peut par son pouvoir d'appréciation personnelle, rejeter ce témoignage, pour cause par exemple, de suspicion ou d'in vraisemblance. L'exception de répudiation non prouvée, opposée par les héritiers d'une

⁵⁹² TACH, 17 mai 1949, *RMD*, n° 7, 1^{er} juillet 1953, p. 335.

défunte, à l'action en pétition d'hérédité du mari, oblige celui-ci, s'il le conteste, à réfuter cette allégation au moyen d'un serment de dénégation référent. En appel, les héritiers ont fait valoir un nouvel acte *lafif* attestant savoir que « les intéressés étaient valablement mariés et que leur union a duré jusqu'au jour où il y a un an, l'époux a répudié son épouse, sans qu'à leur connaissance, il l'ait reprise en mariage jusqu'à son décès, en basant ce témoignage sur les relations de parenté et la fréquentation »⁵⁹³. Ainsi, la notoriété fondée sur le oui-dire est ici non admise.

Parfois, il arrive que le mari prononce la répudiation de sa femme sans la présence de témoins ou devant des témoins en nombre insuffisant et avoue, par la suite, cette répudiation. Ainsi, dans un arrêt du 16 novembre 1949, le TACH déclare que la répudiation contestée par l'époux est suffisamment prouvée par l'attestation de douze témoins *lafifs* qui ont reçu chacun séparément de l'époux l'aveu qu'il avait répudié sa femme. L'addition des témoignages est admise en l'occurrence. La haute juridiction motive ainsi sa décision : « Attendu que les témoignages isolés peuvent être joints et admis à prouver la répudiation, ainsi que le prononcent les textes du rite. Khalil déclare : « Si un témoin (adel) atteste le prononcé d'une répudiation par interdit (haram) et un autre par répudiation irrévocable- ou bien encore le prononcé d'une répudiation inconditionnelle subordonnée à l'entrée du mari dans telle maison en Ramadan et en Hijja, ou à celle de la femme dans l'un et l'autre de ces mois, ou à des paroles du mari au marché et à la mosquée- ou bien aussi si l'un des témoins atteste qu'il a répudié tel jour au Caire, et l'autre, tel jour à la Mecque, ces témoignages sont joints » »⁵⁹⁴.

D'autre part, en droit malékite, la répudiation produit ses effets dès son prononcé et aucune procédure de notification de la répudiation n'est organisée, ni même nécessaire pour que celle-ci ait effet contre la femme. Toutefois, la femme répudiée à son insu conserve son droit à l'entretien jusqu'au jour où elle a connaissance de sa répudiation. Le mari doit lui rembourser les sommes acquittées afin d'assurer sa propre subsistance. Dans l'arrêt du 5 mars 1947⁵⁹⁵, le TACH décide que quand la notification régulière de la répudiation fait défaut, la femme conserve son droit à la *nafaka*. La preuve de la notification de la répudiation ne peut résulter que de témoignage de deux témoins honorables (ou 12 *lafifs*). En l'occurrence le mari avait répudié sa femme devant deux adouls de la *Mahkama* de *chra'a*,

⁵⁹³ *Op. cit.*, p. 336.

⁵⁹⁴ TACH, 16 novembre 1949, *RMD*, n° 10, 1950, p. 451.

⁵⁹⁵ TACH, 5 mars 1947, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa*, *op. cit.*, p. 68.

toutefois il avoua lui avoir notifié l'acte par l'intermédiaire d'un fonctionnaire (*Mkhazni*), qui est un proche parent de son ex-femme, mais il ignore si le fonctionnaire s'est bien acquitté de sa mission. Le tribunal d'Appel a estimé que la notification à la demanderesse de l'acte de répudiation par l'entremise d'un parent de cette dernière n'était pas suffisamment établie. Ainsi, selon le TACH, le droit de la femme à la pension d'entretien est maintenu tant que celle-ci n'est pas au courant de la répudiation intervenue.

Toutes ces décisions démontrent que les tribunaux de *chra'a* ne s'affranchissent guère du rite malékite, ils en font une application stricte, en faisant chaque fois référence aux jurisconsultes malékites, tels que Khalil ou Az-Zurkani et son commentaire de Khalil.

Comme pour la preuve du mariage ou de la répudiation, la preuve des sévices, exercés par le mari sur sa femme, peut se faire par acte de notoriété *lafif* ou adoulaire. Toutefois, si la femme n'arrive pas à rapporter la preuve de ces sévices, et en cas de renouvellement des plaintes, le *cadi* peut ordonner aux époux d'aller habiter au voisinage de gens honorables. En ayant pour mission d'observer les époux et de déterminer l'époux fautif. Les voisins honorables remplissent, ainsi, une sorte de rôle de témoins.

B. Le divorce pour sévices : mise en œuvre restrictive

Si l'époux peut, par le biais de la répudiation, mettre fin au mariage, l'épouse peut également obtenir la dissolution du lien conjugal, en recourant au divorce judiciaire. Les plus répandus étant le divorce pour défaut d'entretien et le divorce pour sévices. Concernant le divorce pour sévices, nous devons nous demander quelle est la nature de ces sévices.

Il est admis dans le rite malékite que le mari puisse exercer un droit de correction sur sa femme, mais il faut que ces coups demeurent dans des limites « normales » : « s'il la frappe légèrement, hors le but de la corriger, elle ne peut agir que si les faits se sont répétés de nombreuses fois ou si les coups sont violents. Les épouses ne peuvent guère échapper aux coups. Elles sont censées y avoir acquiescé (en se mariant). Ib al-Kasim affirme : « souvent la femme mérite des coups douloureux à cause d'une faute qu'elle a commise... Les témoins ne doivent témoigner qu'il y a sévices qu'en attestant que le mari a frappé la femme « sans motif » »⁵⁹⁶. En somme, pour que les sévices soient pris en compte, la femme ne doit pas mériter les coups qui lui ont été adressés et il faut que le mari l'ait molesté « sans motif ».

⁵⁹⁶ Citant la Mattitiyya, TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, op. cit., p. 301.

Le délaissement de la femme par son mari au profit d'une coépouse, peut-il être classé parmi les sévices pouvant ouvrir droit au divorce ? Le TACH, dans un arrêt du 30 décembre 1948, a répondu par la négative⁵⁹⁷. Il s'est contenté d'ordonner à l'époux d'observer ses devoirs conjugaux et de faire partager ses nuits entre ses épouses.

Pour que les sévices soient pris en compte, il faudra que la femme rapporte la preuve des faits invoqués. Comme pour le mariage ou le divorce, la preuve des sévices se fait par acte de notoriété *lafif* ou adoulaire. Si le mari ne s'oppose pas à cet acte, le juge (sauf son pouvoir d'appréciation) prononce le divorce, par le moyen d'un *talak* irrévocable (*baïn*)⁵⁹⁸.

Si, en revanche, la femme ne réussit pas à rapporter la preuve des sévices allégués, alors qu'elle renouvelle chaque fois ses plaintes, le juge peut ordonner que les époux aillent loger dans le voisinage de gens honorables, qui ont mission de les surveiller et de déterminer lequel des deux a des torts. Le juge sur leurs témoignages positifs prononcera le divorce. C'est ce qui a été décidé par le TACH dans un arrêt du 20 décembre 1952⁵⁹⁹. En l'occurrence la femme n'a pas pu rapporter la preuve des sévices dont elle était victime. Le mari, quant à lui, avoue qu'il y avait échanges d'injures. Le cadi puis le TACH n'ont pas estimé que ce fait (échange d'injure) constitue un motif suffisamment grave pour dissoudre le lien matrimonial. Toutefois, ils ont ordonné la résidence des deux époux au milieu de gens honorables.

La résidence des deux époux dans un lieu où il y a des gens honorables et de bonnes moralités, qui exercent un rôle de témoin, a pour but d'éclairer le magistrat sur le comportement de chacun des époux, et notamment sur la conduite du mari. Si les conflits continuent d'exister, les voisins seront appelés en tant que témoins et attesteront des faits et plus précisément des sévices dont l'épouse serait victime. Cette procédure est différente de l'envoi des deux arbitres, ordonnée par la *Tohfa*. Il faudra toutefois préciser que le recours aux arbitres ne s'effectue qu'une fois que la résidence au voisinage de gens honorables n'a pas permis de désigner le fautif⁶⁰⁰. Ainsi, un arrêt du TACH du 21 octobre 1935⁶⁰¹ a confirmé le jugement du cadi d'Ouled Saïd et a infirmé le jugement du cadi de Settat qui avait ordonné

⁵⁹⁷ TACH, 30 décembre 1948, *RMD*, 1948-1949, p. 171.

⁵⁹⁸ Toutefois, dans un cas d'espèce et en se basant sur un acte adoulaire, le juge et le TACH donnent le choix à la femme de se répudier elle-même ou de continuer la vie conjugale. Cf., TACH, 5 juin 1944, Cour suprême, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala fi almada alakariya wafi madat alahwal chakhsiya (1940-1957)*, (*Arrêts de la cour d'appel de chraa en matière immobilière et en matière de statut personnel (1940-1957)*), *op. cit.*, p. 175- 179.

⁵⁹⁹ TACH, 20 décembre 1952, *RMD*, n° 6, 1^{er} juin 1953, p. 269.

⁶⁰⁰ TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa, (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, *op cit*, p. 489- 490.

⁶⁰¹ TACH, 21 octobre 1935, *RM*, n° 6-7, 1937-1938, p. 25.

l'envoi des deux arbitres et a prononcé, par la suite, le divorce, étant donné que le mari n'a pas adhéré à la décision du juge et n'a pas choisi un arbitre. Selon la haute juridiction, les violences subies par la femme ne sont pas établies, même si elle a perdu une dent. La présence des témoins est nécessaire. Cet arrêt a ordonné au mari d'habiter avec sa femme au milieu de témoins honorables et à subvenir à son entretien jusqu'à ce que les torts soient établis. Dans ce cadre, la *Revue marocaine de législation* a publié une consultation juridique d'un érudit musulman, A. Ben Abdennebi. Ce dernier était favorable au premier jugement et critique le second. En se référant à Ibn Sahel, il explique la procédure que le juge devait suivre dans le cas d'une action en divorce pour sévices lorsque la femme ne réussit pas à apporter la preuve des torts allégués : « Si elle n'était pas en mesure de la faire et sa plainte, le cadi interrogerait les voisins, si parmi eux se trouvent des gens de bien. Dans le cas contraire, il lui assignerait un logement avoisinant des gens de bonne moralité. Si les torts qu'elle subit le justifient le cadi punit le mari, si une clause a été prévue dans l'acte de mariage, pour les sévices le cadi en ordonne l'application. Si enfin la situation demeure obscure, il dépêche deux arbitres. D'après Sidi Khalil, « lorsque la question difficile à trancher, le juge dépêche aux conjoints deux arbitres ». Enfin, d'après la « bahja » le juge dépêche deux arbitres lorsque les gens de bonne moralité n'ayant pu se prononcer, l'épouse réitère sa plainte »⁶⁰². Ainsi, il explique que l'envoi des deux arbitres n'est possible que si le recours au voisinage de gens honorables s'est avéré infructueux. La décision du TACH du 21 octobre 1935 et le commentaire de cet érudit auront un impact, par la suite, sur les jugements des cadis et les arrêts de ce même tribunal. Aucun jugement ou arrêt étudié ne fera appel aux deux arbitres.

Le recours à la résidence au milieu de gens honorables nécessite également que les plaintes de la femme soient réitérées. Dans un arrêt du 13 décembre 1918⁶⁰³, le TACH décide que c'est seulement dans l'hypothèse où la femme se serait plainte de violences constantes de la part de son époux que le cadi décidera du placement des époux sous la surveillance de gens honorables, en vue de la prononciation éventuelle du divorce. Cette solution sera entérinée postérieurement par plusieurs arrêts,⁶⁰⁴ dont celui du 12 février 1949⁶⁰⁵. Le juge

⁶⁰² *Ibid.*, p. 27.

⁶⁰³ TACH, 13 décembre 1918, MILLIOT L., *Recueil de jurisprudence chérifienne, Tribunal du ministre chérifien de la justice et Conseil supérieur d'Ouléma (Medjlès al-Istinaf)*, tome III, Paris, Ernest Leroux, 1924, p. 24.

⁶⁰⁴ TACH, 21 juin 1941, Cour suprême, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala fi almada alakariya wafi madat alahwal chakhsiya (1940-1957) (Arrêts de la cour d'appel de chraa en matière immobilière et en matière de statut personnel (1940-1957))*, *op. cit.*, p. 303, TACH, 30 août 1944, *ibid.*, p. 71-75, TACH, 23 octobre 1944, *ibid.*, p. 103-107, TACH, 02 janvier 1946, *ibid.*, p. 205 et s., TACH, 17 mai 1948, *ibid.*, p. 358 et s.

⁶⁰⁵ TACH, 12 février 1949, *RMD*, 1951, p. 136.

du fond et le TACH ont rejeté une demande de la femme de résidence au milieu des gens honorables. C'est la première fois que la femme faisait une réclamation auprès du juge. La condition de la réitération de la plainte n'est pas remplie.

Le tribunal avait, en outre, décidé que la preuve des sévices du mari à l'égard de sa femme ne peut provenir de témoignages de femmes, quel qu'en soit le nombre⁶⁰⁶. Dans sa « bahja », Tsouli rapporte que selon Ibn Acem « le témoignage par ouï-dire des femmes, en cas de sévices, n'est pas admis, car le divorce est un acte grave où le témoignage de femmes n'est pas admis »⁶⁰⁷. De même, l'imprécision ou l'invraisemblance du témoignage peuvent amener le juge à rejeter la preuve testimoniale des sévices allégués⁶⁰⁸. Il met, ainsi, en œuvre, son pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

Ainsi, nous constatons que le TACH essaye d'unifier la jurisprudence et applique strictement le droit malékite en ce qui concerne la procédure ou les différentes étapes à suivre pour prouver les sévices dont l'épouse est présumée victime. Malheureusement, à cause de cette procédure longue et complexe, la femme se retrouve souvent démunie et elle ne réussit pas à se délier d'une vie conjugale invivable. De surcroît, la femme obtient rarement le divorce, qui demeure une prérogative du mari. Qu'en est-il de la demande de nullité du mariage réclamée cette fois-ci par l'un des époux, qu'il s'agisse du mari ou de la femme ?

C. La théorie de la nullité du mariage et sa pratique judiciaire

Le droit malékite reconnaît la nullité comme un mode de dissolution du lien matrimonial. Il existe un certain nombre de vices légaux ou rédhibitoires entraînant la récession du contrat, sur demande de l'un des époux. Nous citons, à titre d'exemple, les difformités génitales chez l'homme et chez la femme ou certaines maladies jugées particulièrement graves, telles que la lèpre, l'éléphantiasis et la folie. Si l'un des époux présente une de ces maladies ou une difformité génitale, l'autre époux peut demander la récession du mariage que le vice ait existé avant la conclusion du mariage ou survenu qu'après la consommation⁶⁰⁹. Dans ce dernier cas, un délai d'un an est accordé au malade pour se soigner. Ce n'est qu'à l'expiration de ce délai et si la maladie est toujours là que la

⁶⁰⁶ TACH, 30 septembre 1953, *RA*, juillet-août 1954, p. 134-136. TACH, 21 moharam 1373 de l'hégire, Cour suprême, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala fi almada alakariya wafi madat alahwal chakhsiya (1940-1957) (Arrêts de la cour d'appel de chraa en matière immobilière et en matière de statut personnel (1940-1957))*, *op. cit.*, p. 151.

⁶⁰⁷ TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, *op. cit.*, p. 481.

⁶⁰⁸ TACH, 25 octobre 1952, *RA*, 1953, p. 203.

⁶⁰⁹ TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, *op. cit.*, p. 497.

dissolution de l'union est prononcée⁶¹⁰. Le TACH fait une application à la lettre de ces principes et décide que l'épouse dont le mari est atteint de folie peut obtenir dans un délai d'un an la rescision du mariage en justice. Dans ce cas, la dissolution s'effectue au moyen d'une répudiation irrévocable (*baïn*) prononcée par l'épouse⁶¹¹.

À côté de ces vices rédhibitoires, il arrive que les époux précisent dans leur contrat de mariage, l'existence chez le conjoint, de telle ou telle qualité, ou l'absence de tout vice ou infirmité particulier. L'époux lésé peut soit maintenir ou rescinder le mariage. Par exemple, le TACH décide, dans un arrêt du 6 octobre 1947, que la spécification de la virginité de l'épouse, dans le contrat de mariage, entraîne que l'époux dont l'espoir a été déçu peut tenter une action en résolution du mariage entraînant la restitution de la dot versée⁶¹². En l'espèce toutefois, la demande de l'époux a été rejetée pour manque de preuve, et les constatations de deux matrones révèlent que l'épouse était vierge lors de la consommation.

Toutefois, en recourant au principe que l'usage vaut stipulation (*alorf ka'ch-chart*)⁶¹³, les auteurs malékites marocains et andalous ont créé la théorie de la stipulation tacite : si l'une des qualités nécessaires selon l'usage fait défaut chez l'un des époux, l'autre conjoint peut demander la récession du mariage même en cas d'absence d'une stipulation précise. Cette théorie est rejetée par les auteurs malékites orientaux comme Khalil qui n'admet la rescision qu'en cas de stipulation expresse. L'époux lésé ne peut revendiquer la rescision du mariage que s'il a stipulé, dans le contrat du mariage, que son conjoint devrait être exempt de vices⁶¹⁴. Ainsi, l'*orf* (l'usage) ne vaut pas stipulation en l'occurrence.

C'est pour cette dernière position qu'un arrêt du 20 octobre 1952 a opté. Il décide que « lorsque l'acte de mariage ne contient pas la stipulation expresse que la femme qu'on épouse est exempte de vice, l'existence chez la femme au moment de l'acte d'une infirmité physique autre que celle entraînant la réhabilitation légale du mariage n'est pas de nature à entraîner la rescision du contrat »⁶¹⁵. En l'espèce, le mari a découvert, après la conclusion du mariage, que son épouse n'avait qu'une seule main.

⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 499-500.

⁶¹¹ TACH, 18 février 1952, *RMD*, 1952, p. 464.

⁶¹² TACH, 6 octobre 1947, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa*, *op. cit.*, p. 83.

⁶¹³ TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, *op. cit.*, p. 323.

⁶¹⁴ KHALIL IBN ISH'AK, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam Malek*, *op. cit.*, p. 238.

⁶¹⁵ TACH, 20 octobre 1952, *RA*, nov-décembre 1952, p. 189-202.

Pourquoi le tribunal a-t-il opté pour la thèse de Khalil ? S'agit-il d'un phénomène d'uniformisation du droit sous la bannière du droit malékite traditionnel ? Ou plutôt d'une volonté de protéger davantage la femme ? Les motivations des juges demeurent inconnues.

Une fois le mariage dissout, que ce soit par répudiation, par divorce judiciaire ou par nullité, qu'en est-il des effets de cette dissolution sur la garde et l'entretien des enfants issus de cette union ?

§3 La garde et l'entretien des enfants en cas de divorce

Le droit malékite distingue entre deux types de droits permettant la protection de l'enfant : le droit de garde sur la personne (*hadana*), qui tend, selon Ibn Arafâ, à la « protection de l'enfant pour ce qui a trait à son habitation, son alimentation, son vêtement, sa couche et les soins de propreté de son corps »⁶¹⁶ et de la tutelle (la *wilaya*) qui concerne tout ce qui a trait à l'administration des biens de l'enfant mineur, et à sa protection. Il faudra toutefois noter que dans le rite malékite, l'éducation et la surveillance de l'enfant appartiennent au tuteur, qui est souvent le père.

Durant le mariage la *hadana* est exercée par la mère et la *wilaya* par le père. Le divorce ne change pas la donne et chaque ex-époux conserve ses droits existants sur son enfant : la mère, son droit de garde et le père son droit de tutelle et de surveillance. C'est ce qui a été décidé par le TACH dans un arrêt du 5 mars 1947⁶¹⁷.

La mère gardienne peut être déchue de son droit de garde s'elle change de ville (plus de 120 km), en raison de son incapacité (absence de vigilance, mauvaises mœurs...) ou de son remariage avec un tiers. En effet, la gardienne doit réunir un certain nombre de conditions : bon état de santé, vigilance, possession de toutes ses facultés, bonnes mœurs, confiance...

Y a-t-il une présomption de l'existence des conditions d'aptitude à la garde chez la gardienne ou doit-elle en administrer la preuve ?

⁶¹⁶ Cité par CHIGUER S., « La femme mariée musulmane ; condition juridique de la *hadana* », *RM*, n° 3, 1935-1936, p. 42.

⁶¹⁷ TACH, 5 mars 1947, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa*, *op. cit.*, p. 68.

La réponse est apportée par le TACH dans deux arrêts infirmatifs du 1^{er} mars 1946⁶¹⁸ et du 3 janvier 1948⁶¹⁹.

Dans leurs décisions, les cadis estiment que la gardienne doit prouver l'existence chez elle de l'ensemble des conditions de la *hadana*. Cette thèse est soutenue par Tsouli et avant lui Khalil⁶²⁰. D'autres auteurs ne sont pas du même avis. Ibn Salamon, par exemple, considère que la gardienne est présumée avoir les conditions exigées jusqu'à preuve du contraire. C'est à celui qui dénie l'existence de ces conditions de rapporter la preuve de ses allégations⁶²¹.

Dans les deux arrêts cités plus haut, le TACH a opté pour ce dernier point de vue. La raison, nous semble-t-il, est de préserver l'intérêt de l'enfant. La mère est légalement présumée apte à exercer valablement la garde, et cette présomption d'aptitude ne peut tomber qu'en cas de preuve contraire. Il appartient à celui qui nie l'existence des conditions d'aptitude à la garde d'en rapporter la preuve. En sa qualité de demandeur, c'est au père de justifier ses allégations. S'agissant d'une matière relative à l'état des personnes, cette preuve doit être faite par témoignage de deux *adouls* ou de douze *lafifs*. La preuve produite par les pères demandeurs, dans les deux cas d'espèce, est insuffisante. D'une part, le fait par des témoins (arrêt du 1^{er} mars 1946) d'attester savoir en la fréquentant qu'une femme est débauchée constitue une cause de rejet du témoignage. D'autre part, l'acte de notoriété ne comprend pas les noms de douze témoins *lafif* (arrêt du 3 janvier 1948), sûrement par manque de vigilance des adouls rédacteurs.

Si la mère perd la *hadana* pour l'une des raisons citées ci-dessus ou si elle meurt durant le mariage ou après répudiation, la *hadana* est dévolue de droit à un certain nombre de personnes qui sont dans l'ordre : l'aïeule maternelle, la bisaïeule maternelle (à condition dit Khalil qu'elle n'habite pas avec la mère déchue du droit de garde), la tante maternelle, la

⁶¹⁸ TACH, 1^{er} mars 1946, *RMD*, 1948, p. 44.

⁶¹⁹ TACH, 3 janvier 1948, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa, op. cit.*, p. 129.

⁶²⁰ Khalil déclare : « les conditions que doit remplir le gardien sont : la possession de ses facultés, la capacité, la sécurité du logis..., les bonnes mœurs ; il doit justifier de celle-ci. » Le commentateur Az-Zurkani explique cette exigence : « Le Hadin est présumé posséder la amana (confiance et bonnes mœurs), car l'ordre normal des choses est l'honorabilité jusqu'à ce que le contraire lui soit imputé. Dans ce cas, il doit établir sa amana, car par cette imputation défavorable sa reprochabilité devient présumée : celle-ci a, en effet, le pas jusqu'à preuve du contraire ».

⁶²¹ MOHAMMAD AMINE A., *Sharh Az-zurkani ala mokhtasar sidi Khalil wamaah alfath arrabani fima dahola anh Az-zurkni lilbanani*, t. V, Bayrût, Maison des livres scientifiques, 2002, p. 476.

tante maternelle de cette dernière, enfin l'aïeul paternel, etc⁶²². Ainsi, dans un arrêt du 11 août 1947, le TACH décide que lorsque la mère est décédée, le droit à la *hadana* est dévolu de droit à l'aïeule maternelle⁶²³. Le père, tuteur légal, conserve néanmoins le droit de surveiller l'éducation et l'instruction de l'enfant. La solution de l'arrêt est en conformité totale avec le droit malékite⁶²⁴.

Également, un arrêt du TACH du 8 janvier 1936⁶²⁵ confirme un jugement du *cadi* de Salé et confère la *hadana* au père qui remplissait les conditions légales de la *hadana*, puisqu'il vivait avec sa sœur. En l'espèce, après la répudiation, la mère se remarie et la garde des deux fillettes est dévolue à leurs deux tantes maternelles, qui cèdent leur droit à une personne d'une paternité plus éloignée.

La dévolution de la *hadana* se fait automatiquement. Sauf en cas de litige, le recours au *cadi* n'est pas nécessaire. Aussi, la *hadana* est un droit pour la gardienne, qui peut y renoncer au profit de quelqu'un d'autre, sans que ce droit ne soit passé à la parente la plus proche en degré⁶²⁶.

Une fois, la *hadina* (celle qui exerce le droit de *hadana*) renonce à la *hadana*, cette renonciation devient définitive et irrévocable. Exception faite de l'existence d'un motif légitime ou d'indignité de la bénéficiaire de la renonciation. Dans un arrêt du 30 mai 1947⁶²⁷, une mère décide de confier son enfant à un couple sous la forme de la *kafala* (un contrat par lequel le *kafil* prend à sa charge l'entretien d'un enfant qui lui est remis). Pour rejeter sa demande de restitution de l'enfant, le TACH, a assimilé la remise de ce dernier à une forme de renonciation au droit de *hadana*. Il rajoute que si la *hadina* a perdu son droit

⁶²² Khalil déclare : « la garde de l'enfant male jusqu'à sa puberté et celle de la fille- qui se prolonge autant que le droit d'entretien- appartiennent à la mère..., puis à la mère de cette dernière, puis à l'aïeule maternelle, puis à la tante maternelle de la mère, puis à la grande mère paternelle »

⁶²³ TACH, 11 août 1947, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa, op. cit.*, p. 125.

⁶²⁴ Cette solution entérine également une jurisprudence constante du TACH. Après la mère la *hadana* est dévolue à la grande mère maternelle. Cf., TACH, 21, juin 1939, Cour suprême, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala fi almada alakariya wafi madat alahwal chakhsiya (1938-1943) (Arrêts de la cour d'appel de chraa en matière immobilière et en matière de statut personnel (1938-1943))*, Rabat, Centre d'édition et de publication judiciaire, t. VIII, 2012, p. 56. TACH, 21 avril 1944, Cour de cassation, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala fi almada almadaniya wafi madat alahwal chakhsiya, (1944-1953) (Arrêts de la cour d'appel de chraa en matière civile et en matière de statut personnel (1944-1953))*, Rabat, Centre d'édition et de publication judiciaire, t. VIII, 2013, p. 19. TACH, 30 décembre 1946, *op. cit.*, p. 265.

⁶²⁵ TACH, 8 janvier 1936, *RM*, n° 9, 1939, p. 16.

⁶²⁶ IBN ACEM., *Tohfah alhokam fi nakt aloukoud walahkam*, corrigé par M. Abdessalam Mohamed, Le Caire, Maison alafak, 2011, v. 654, p. 57. Et TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfah)*, *op. cit.*, p. 404.

⁶²⁷ TACH, 30 mai 1947, LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa, op. cit.*, p.136.

involontairement par un motif légitime (maladie, éloignement...) elle peut récupérer son droit par la suite, si ce motif vient de disparaître⁶²⁸. En revanche, la renonciation à la garde sans cause excusable entraîne la perte définitive de ce droit⁶²⁹. La demanderesse a soutenu avoir remis l'enfant alors qu'elle était malade. Le tribunal d'Appel n'a pas retenu ce moyen, car non prouvé. Cette solution sera entérinée le 03 mars 1950, la mère prétend avoir remis l'enfant sous contrat de *kafala* alors qu'elle était inconsciente⁶³⁰. Néanmoins, elle n'a pas pu prouver ses allégations⁶³¹.

Au cours de la *hadana*, qu'elle soit exercée par la mère répudiée ou une parente, l'obligation d'entretien du *mahdun* (l'enfant objet de la *hadana*) incombe au père⁶³², quelle que soit la situation économique de la *hadana*. Cet entretien comprend la nourriture et le vêtement ainsi que le paiement d'une partie du loyer de l'habitation de la mère. Elle dure, pour les garçons, jusqu'à la puberté et, pour les filles, jusqu'à la consommation du mariage.

Ces principes sont scrupuleusement appliqués par la jurisprudence marocaine de l'époque coloniale. Le TACH décide que l'entretien des enfants sous la *hadana* de leur mère répudiée incombe au père⁶³³. La pension d'entretien dure depuis le jour de la naissance jusqu'au jour où cette obligation cesse d'être légalement à sa charge⁶³⁴. Le quantum de l'obligation est proportionné par rapport à la situation économique du père⁶³⁵.

Aussi, en 1935, un arrêt du TACH du 30 avril⁶³⁶ confirme un jugement du *cadi* de Meknès et décide que la garde appartient à la mère jusqu'à la puberté pour les garçons et jusqu'au mariage pour les filles. Néanmoins il ordonne à la mère de remettre l'enfant à son père le jour pour l'envoyer à l'école ou lui apprendre un métier. Le père doit en outre payer une pension d'entretien pour l'enfant. Ainsi, dans cet arrêt, le TACH se fonde sur Khalil. « On lit dans Khalil, déclare le tribunal : « Le père a le droit de rendre visite à son fils, de

⁶²⁸ IBN ACEM., *Tohfat alhokam fi nakt aloukoud walahkam*, op. cit., v 664, p. 58. Et TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, op. cit., p 409.

⁶²⁹ TSOULI A., *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de la Tohfa)*, op. cit., p 409-411.

⁶³⁰ En l'occurrence, la mère a prétendu qu'une dame lui a fait signer le contrat de kafala après lui avoir proposé une boisson qui lui a fait perdre connaissance.

⁶³¹ TACH, 03 mars 1950, Cour de cassation, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala fi almada alakariya wafi madat alahwal chakhsiya (1944-1953) (Arrêts de la cour d'appel de chraa en matière civile et en matière de statut personnel (1944-1953))*, op. cit., p. 457.

⁶³² Toutefois, l'enfant de moins de deux ans n'a pas le droit à la *nafaka*, mais sa mère a droit au prix de l'allaitement. Cf., TACH, 20 novembre 1946, *ibid.*, p. 261.

⁶³³ TACH, Arrêt du 5 mars 1947 et arrêt du 3 janvier 1948. LAPANNE-JOINVILLE J., *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa*, op. cit., p. 129, et p. 68.

⁶³⁴ TACH, 5 janvier 1948, n° 6867, *ibid.*, p. 97

⁶³⁵ TACH, Arrêt du 5 janvier 1948, n° 6315 et arrêt du 6 janvier 1948, *ibid.*, p. 92.

⁶³⁶ TACH, 30 avril 1935, *RM*, n° 2, 1935, p. 24.

veiller à son éducation et de l'envoyer à l'école ». Zorkani ajoute : « ou chez le maâlem ou la maalema pour lui faire apprendre un métier ». Ibn Arafâ rapporte le texte de la « Moudawana » : « Il appartient au père de rendre visite à son fils chez sa mère, de l'éduquer et de l'envoyer à l'école ; mais l'enfant ne peut coucher que chez sa mère ». Par ce même jugement, le *cadi* condamne le père à rendre le soir l'enfant à sa mère puisque d'après les textes précités, l'enfant ne peut passer la nuit que chez sa mère. Le TACH confirme le jugement du *cadi*. Il constate pourtant que ce magistrat a omis de juger la demande de la mère relative à la pension alimentaire de l'enfant. Il déclare « Commentant cette opinion de Khalil : « La hadina recevra la pension alimentaire de l'enfant ». Zorkani cite cette opinion qu'il attribue à El Matiti : « Le père ne peut dire à la hadina : « envoie l'enfant manger chez moi et il repartira après chez toi », car cela porte préjudice à l'enfant, nuit à sa garde et porte aussi préjudice à la mère. Celle-ci n'a pas à suivre le père dans une demande pareille en raison du préjudice qu'il cause à l'enfant, etc. ». Partant, le TACH met le père dans l'obligation de servir la *nafaka* à l'enfant.

L'emploi du terme « pension alimentaire » dans l'arrêt précité du 30 avril 1935, peut paraître une forme d'acculturation, étant donné qu'en droit musulman on parle de l'obligation d'entretien (*nafaka*) plutôt que de pension alimentaire (terme qui nous renvoie au droit français). Si nous retournons à la décision judiciaire originelle, écrite en arabe, nous remarquons que le texte parle de « *maouna مؤونة المحضون* » qui veut dire *nafaka*, pourtant traduit par pension alimentaire. De même, le texte de Khalil cité dans l'arrêt utilise le terme de « *nafaka* », et ce sont les traducteurs qui l'ont traduit par « pension alimentaire ». La traduction par « pension alimentaire » a sans doute été faite pour mieux faire comprendre au lecteur français quelle était la teneur de la décision. Toutefois, il est surprenant qu'il ne soit pas mentionné en note les différences juridiques qui existent entre « pension alimentaire » et « *nafaka* ».

D'après ce qui précède, nous constatons que la jurisprudence musulmane rendue par les *cadis* ou par le TACH est une application pure et simple du rite malékite. Il est vrai qu'on opte parfois pour un auteur plutôt qu'un autre par conservatisme ou non⁶³⁷, mais tous ont pour point commun d'être des juristes malékites. Ainsi, les jugements rendus par ces juridictions font référence à l'Égyptien Khalil, le compilateur de la jurisprudence malékite ou à d'autres jurisconsultes malékites, comme l'Andalou Ibn Acem et sa *Tohfa* ou le

⁶³⁷ Par exemple, on opte pour la thèse du juriste Khalil en ce qui concerne la nullité du mariage et on préfère la thèse qui lui est opposée en ce qui concerne la présomption de réunion des conditions chez la gardienne.

Marocain Tsouli et son œuvre *elbahja*. La haute juridiction n'a pas osé s'affranchir de ce rite et s'ouvrir sur d'autres écoles musulmanes (hanafite, chafite ou hanbalite) et aucune référence explicite n'est faite à la législation ou à la jurisprudence française.

Si l'influence de la politique coloniale française en matière de justice *chra'a* paraît nulle ou presque selon nos conclusions, en est-il de même en matière de justice coutumière ? La France a entrepris une réforme profonde de cette justice. De plus, le commissaire du gouvernement joue un rôle plus important et peut, théoriquement, s'immiscer sur le fond du droit. Dans ce contexte, les juridictions berbères ont-elles appliqué strictement les coutumes locales ou se sont-elles réappropriées, par le biais du commissaire du gouvernement, certains principes du droit français ou de la pratique judiciaire française ?

Section 2- L'application des coutumes berbères par les juridictions coutumières

Une fois la réforme de la justice coutumière effectuée⁶³⁸, il était nécessaire de systématiser les jugements des tribunaux coutumiers dans une jurisprudence permettant de donner corps à la coutume. Dès lors, l'administration du Protectorat a prescrit la tenue dans chaque tribunal coutumier de recueils de jurisprudence⁶³⁹. La tenue de ces registres permettra d'une part de faire connaître aux membres du tribunal, notamment aux commissaires du gouvernement, les différentes coutumes existantes, et d'autre part, d'unifier la jurisprudence⁶⁴⁰.

A. Plantey, juriste colonial, préconise que le travail de consignation de la jurisprudence soit effectué par les commissaires du gouvernement plutôt au sein des cours d'appel. Il résiderait dans le fait de « transformer peu à peu, mais énergiquement, ce droit fragmentaire, imprécis et incomplet sur bien des points en un système juridique coordonné et harmonieux »⁶⁴¹. Ainsi, ce travail de jurisprudence permettra de coordonner et même d'innover en matière de droit coutumier berbère, notamment quand la coutume est muette sur une question donnée. Par une assimilation claire aux méthodes du droit français, le commissaire du gouvernement (par son pouvoir innovateur et unificateur) contribuera, selon

⁶³⁸ Cf. Chapitre préliminaire, section 1, paragraphe 2.

⁶³⁹ PLANTEY A., « La justice coutumière marocaine », *RJPUF*, tome IV, 1952, p. 54.

⁶⁴⁰ Ceci relève de la politique juridique pratiquée dans le reste des colonies françaises. Cf. RENUCCI F., « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, Dalloz, 2016, La crise des institutions de l'oubli, 4, pp. 689-697. Ffhalshs 01434590f.

⁶⁴¹ PLANTEY A., « La justice coutumière marocaine », *op. cit.*, p. 203.

Plantey, à faire naître un droit prétorien fondé sur l'analogie et le bon sens. Ainsi, l'arrêt du tribunal coutumier d'appel aura la force d'une jurisprudence.

En 1931, un ancien contrôleur civil rapporte : « Son rôle (commissaire du gouvernement) était de diriger les débats et d'aider les juges à formuler leurs sentences, en leur rappelant parfois leur propre jurisprudence qui faisait l'objet d'une étude constante...une séance spéciale, plaideurs exclus, était consacrée à la mise au point ou à la révision de la coutume, parfois différente d'une fraction à l'autre. Très vite, je fus frappé du sens juridique dont faisait preuve ces juges élus par leurs fractions respectives, et qui n'était portant que de vieux fellahs illettrés...de cette institution que nous avons aidés à naître, c'est bien la Berbérie marocaine qui fut la mère »⁶⁴². Tout en étant surpris de l'esprit juridique de ces paysans illettrés, le contrôleur civil nous rapporte d'une part, que le commissaire du gouvernement joue un rôle d'unificateur et peut, influencer considérablement le tribunal coutumier dans sa formulation des jugements. Il dirige les débats et vise à extraire les éléments importants du litige. D'autre part, le contrôleur civil met l'accent sur les pouvoirs de producteurs de droit du tribunal coutumier qui en siégeant parfois en formation élargie, est appelé à se prononcer sur des points de la coutume, pour les préciser, les compléter ou même les modifier⁶⁴³.

Mais le caractère fragmenté de la coutume n'a pas permis de réussir ce travail d'unification par le biais de la jurisprudence. Les décisions des tribunaux d'appel restent souvent des cas dispersés où l'unité de vue est difficile à faire⁶⁴⁴.

Malgré le fait que le nombre des jugements des tribunaux coutumiers ait atteint 17 000 en 1938⁶⁴⁵, nous n'avons pu réunir que vingt-huit décisions des tribunaux coutumiers, réparties entre les confédérations de Zayanes, Beni M'guiled, et Ichkiren. Un travail partiel qui, pour manque de sources, exclut les tribus berbères du Sud marocain, et nous conduit à considérer avec prudence la représentativité de ces décisions.

Les tribunaux berbères du Maroc central appliquent-ils strictement leurs droits coutumiers locaux ? Les commissaires du gouvernement, ne vont-ils pas, par leurs fonctions de direction des débats, essayer d'innover et de moderniser le droit applicable ?

⁶⁴² GRUNER R., *Du Maroc traditionnel au Maroc moderne. Le contrôle civil au Maroc 1912- 1956*, op. cit., p. 99.

⁶⁴³ « La délibération rédigée en français est consignée sur un registre spécial. Elle est transmise pour avis au tribunal coutumier d'appel ; puis le conseiller du gouvernement chérifien l'approuve ou la rejette » (PLANTEY A., « La justice coutumière marocaine », op. cit., p. 41).

⁶⁴⁴ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 779.

⁶⁴⁵ PLANTEY A., « La justice coutumière marocaine », op. cit., p. 55.

Le droit français n'a-t-il pas exercé une influence quelconque (engendrant une forme d'acculturation) sur la pratique judiciaire des tribunaux coutumiers ?

Comme pour la pratique judiciaire des tribunaux de *chra'a*, nous avons choisi de répondre à ces questions en étudiant dans un premier temps les décisions judiciaires que nous avons pu obtenir, liées au mariage (§1) pour nous intéresser ensuite à la pratique judiciaire du divorce dans le pays berbère du Maroc central (§2).

§1- L'application des coutumes berbères en matière de mariage

Les juridictions berbères appliquent des coutumes très variables et diverses suivant les tribus et les fractions. En matière de mariage, nous analysons à titre d'exemple, des décisions judiciaires relatives aux unions contractées par les impubères (A), à la validité du mariage (B) et au droit à l'entretien pour la femme en fuite (C).

A. Les mariages contractés par les impubères

Est réputé pubère et majeur le garçon dont le double de son tour de cou pris avec une simple ficelle est égal ou supérieur à son tour de tête. Les deux extrémités de cette ficelle étant entre ses incisives⁶⁴⁶. Quant à la fille, elle est pubère dès l'apparition de ses premières règles menstruelles.

Les coutumes du Maroc central sont diverses à propos du mariage des impubères. Si des coutumes reconnaissent ce genre d'union⁶⁴⁷, d'autres au contraire, l'interdisent. Enfin quelques tribus, comme les Ichkiren, obligent le jeune mari à attendre que sa femme devienne pubère pour consommer le mariage. En cas de non-respect de ce délai, la jeune femme peut porter plainte devant la *jma'a*. Cette dernière prononce le divorce ou renvoi la femme dans sa famille durant quelques mois en attendant sa nubilité.

Dans un cas d'espèce en 1937 chez les Ichkiren⁶⁴⁸, un mari s'est engagé par acte à ne consommer le mariage qu'à l'été suivant puisque son épouse est impubère, et il donne moyen

⁶⁴⁶ CADN, DAP IMA/285/72. Coutumes des Aït Yahia, fol. 95.

⁶⁴⁷ La coutume des Aït Yahia autorise ce genre de mariage dès qu'il atteint la puberté. Cf. CADN, DAP IMA/285/72. Coutumes des Aït Yahia, folio. 95. Egalement chez les Aït Haddidou, les filles se marient bien souvent avant l'apparition de leurs premières règles. Et elles ont la capacité de rompre leurs liens après. Cf. DENAT L., droit coutumier berbère des Aït Haddidou-Aït Yazza de l'Assif Melloul, 1933, CADN, DAI IMA/285/72, fol. 135.

⁶⁴⁸ Tribunal coutumier des Ichkern, 7 avril 1937, *RMD*, 1951, p. 273.

à la femme par ce même acte de divorcer à son gré à partir du moment de la consommation du mariage. Cependant, le mari n'a pas tenu son engagement et l'a défloré avant la date prévue en lui causant une difformité vaginale. Le tribunal prononce le divorce et condamne le défendeur à payer 500 francs au père de la victime et au paiement des frais médicaux et chirurgicaux. Le tribunal applique simplement la coutume qui concerne la blessure provoquée par la défloration, et de ce fait, défère le mari devant le *caïd* pour infraction à la coutume qui interdit de déflorer une jeune fille impubère. Le consentement de la jeune femme n'a pas été considéré par le tribunal des Ichkiren comme une circonstance atténuante, et n'a pas été pris en compte pour éviter la condamnation à la prison.

En revanche, certaines coutumes n'admettent pas le mariage des impubères comme chez les Beni M'guiled. C'est ce qui a été décidé par un arrêt du 28 janvier 1948 du tribunal coutumier d'appel d'Azrou⁶⁴⁹. En l'occurrence, un mari fait une demande auprès du tribunal pour que sa femme, encore impubère, réintègre le domicile conjugal. En application de la coutume locale des Beni M'guiled, le tribunal coutumier des Aït Arfa du Guigou déclare le mariage nul. Le défendeur interjette appel de cette décision, devant le tribunal coutumier d'appel d'Azrou, en demandant subsidiairement que la défenderesse lui soit réservée à sa puberté. La haute juridiction confirme le jugement du tribunal coutumier des Aït Arfa du Guigou et rejette la demande subsidiaire de l'appelant, car cette même coutume refuse de réserver à l'ex-conjoint le droit à la main de la jeune fille dans l'avenir. Cette solution sera confirmée par un jugement du tribunal coutumier des Aït Youssi de Guigou en date du 2 avril 1953⁶⁵⁰. L'épouse demande l'annulation du mariage après deux ans de vie commune, car son époux est encore impubère, alors qu'elle a dépassé l'âge de la puberté. Le tribunal coutumier décide que le mariage est annulable. La coutume locale des Beni M'guiled n'admet pas une telle union. Toutefois, cette annulation est considérée comme un divorce, les règles concernant la désignation du doigt (interdiction pour la femme de se marier avec une telle personne soupçonnée d'être son amant) et au remboursement de la dot lui sont applicables.

B. La validité du mariage

Dès l'arrivée des autorités françaises en pays berbère et l'organisation des juridictions coutumières, la conclusion du mariage par écrit est possible. Le mariage peut se

⁶⁴⁹ Tribunal coutumier d'Appel d'Azrou, 28 janvier 1948, *RMD*, 1954, n° 5, p. 231.

⁶⁵⁰ Tribunal coutumier des Aït Youssi du Guigou, 2 avril 1953, *CADN*, DI IMA/200/734.

faire par acte notarié reçu par le secrétaire du tribunal coutumier en présence de deux membres de ce tribunal. Toutefois, les Berbères recourent rarement à la consignation de leurs mariages.

Si le mariage n'est pas transcrit, la seule preuve admise est la preuve testimoniale. Il est facile de l'établir puisque le mariage est souvent contracté en présence d'un nombre important d'invités. Il suffit de produire le témoignage soit de deux notables ayant assisté au mariage soit au moins de deux témoins honorables. Le nombre de témoins exigé diffère selon les tribus.

Dans les coutumes Zayane, les modes de preuve admises en matière de mariage sont : le témoignage des membres de la *jma'a*, celui du *fkih*, et celui des parents qui ont assisté à la cérémonie⁶⁵¹.

En effet, dans un jugement du 29 avril 1935⁶⁵², la femme nie l'existence du mariage avec le demandeur. Toutefois, le mariage est déclaré valable par le tribunal des Aït Harkat de Khénifra, puisqu'il y a témoignage de deux *fkih* confirmé par le père de la femme. Les témoins ont déclaré que le père de la défenderesse a bien consenti au mariage moyennant une dot représentée par un trousseau. Les éléments du mariage musulman sont bien là.

Un mois plus tard, le 27 mai 1935,⁶⁵³ le même tribunal récuse la preuve par témoignage du mariage produite par le demandeur, car n'étant pas complète. De plus, l'un des témoins est un parent du demandeur.

Si la *tamerhourst* (sacrifice d'un ovin) ne consacre jamais le consentement chez les Aït Yahia⁶⁵⁴, il en est autrement chez les Zayanes. Ainsi, une dame se présente au tribunal coutumier des Aït Krat prétendant que son mari est décédé et que le frère de ce dernier s'est accaparé tous les biens du défunt. Elle demande qu'il lui laisse la jouissance de ces biens pour permettre d'élever son fils. Le défendeur nie l'existence d'un acte de mariage entre son défunt frère et la demanderesse. Le tribunal décide que le mariage n'est pas valide, car n'a pas été célébré selon le cérémonial habituel (l'égorgeement de la *tamerhourst*) et déclare le nouveau-né enfant naturel⁶⁵⁵. En l'occurrence, le tribunal coutumier des Aït Krat ne fait

⁶⁵¹ ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, op. cit., p. 119.

⁶⁵² Tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra, 29 avril 1935, op. cit., p. 229.

⁶⁵³ Tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra, 27 mai 1935, *ibid*, p.205.

⁶⁵⁴ CADN, DAI 1 MA/285/72, Coutumes des Aït Yahia, fol. 99.

⁶⁵⁵ Tribunal coutumier des Aït Krat, 13 mai 1935, ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, op. cit., p. 203.

aucune référence à la coutume applicable. Nous nous demandons si la coutume est muette sur la question. Et si c'est le cas, est-ce normal que l'intérêt de l'enfant ne soit pas pris en compte pour une question uniquement processuelle ? En général, lorsque le cas n'est pas prévu par la coutume, le tribunal est souvent amené à trancher le litige en faveur du faible, ou des intérêts de la famille⁶⁵⁶.

Chez les Aït Arfa (confédération des Beni M'guiled) l'immolation⁶⁵⁷ est parmi les rites propitiatoires n'entraînant aucune conséquence juridique sur le mariage. Le lien matrimonial est né dès le moment où l'échange des consentements a eu lieu et la fixation du montant de la dot. À partir de cet instant, le mariage devient un contrat unilatéral que seule la volonté de l'époux peut faire cesser, par la répudiation. Cette description résulte d'une consultation juridique du 26 avril 1935. Une commission de neuf notables des Aït Arfa fut réunie au siège du tribunal d'appel d'Azrou, pour préciser certaines questions de droit coutumier, appelées à résoudre le conflit opposant Driss ou Asso contre Lahsen ou Reho. À la mort du mari, il a été convenu que sa veuve et son enfant resteraient dans la famille de l'époux tant que la dot n'a pas été remboursée. Pendant ce temps, le fils du mari défunt demanda la main de la veuve, pour son neveu, auprès du père de la femme. Ce dernier consent au début : le montant de la dot est fixé et les rites du mariage sont accomplis, mais il se rétracte plus tard et la donne à une autre personne. Le tribunal a ordonné une enquête, en recourant notamment au témoignage. Les témoins ont déclaré qu'ils ont accompagné le demandeur pour demander la main de la veuve auprès de son père, que celui-ci a accepté à condition qu'il n'y ait pas de cérémonie du mariage. La *jma'a* d'Azrou déclare le mariage valide. Le tribunal d'appel d'Azrou confirme le jugement de la *jma'a* d'Azrou du 28 novembre 1934 et décide le 17 juillet 1935⁶⁵⁸ que le mariage est valide. Il déclare que la présence du *wali* est facultative, en ce qui concerne la veuve qui est restée dans la tente de sa belle-famille. Elle possède la pleine capacité matrimoniale, à condition que la dot soit égale à celui du premier mariage.

D'après ces décisions, nous constatons que les conditions de validité du mariage diffèrent d'une tribu à une autre. En outre, la coutume revêt parfois un caractère vague. Dans tous les cas cependant, des assemblées ont pour rôle de détailler les points insuffisamment précis.

⁶⁵⁶ PLANTEY A., « La justice coutumière marocaine », *op. cit.*, p. 54.

⁶⁵⁷ A côté de la fatha (appel de vœux, fait par la jemaâ qui présente la demande en mariage), et réjouissances.

⁶⁵⁸ Tribunal d'Appel d'Azrou, 17 juillet 1935, *RM*, n° 2, 1935, p. 64.

C. Le droit à la pension alimentaire pour la femme en fuite

Au Maroc central comme en Kabylie⁶⁵⁹, le droit de fuite constitue la seule forme de résistance mise à disposition de la femme pour échapper aux mauvais traitements de son mari, ainsi que le seul moyen pour montrer sa volonté de dissoudre l'union matrimoniale.

Par exemple, chez les tribus Zayan, le droit de fuite est très couramment utilisé par la femme. Qu'elle soit jeune fille, veuve ou divorcée, elle use souvent de ce droit, pour protester contre un mariage qui lui est imposé⁶⁶⁰.

Mariée, elle recourt également à ce moyen pour échapper aux mauvais traitements de son mari. Le but étant de l'amener à prendre davantage soin d'elle, ou bien encore pour obtenir le divorce⁶⁶¹. Dans ce cas, elle se réfugie souvent chez ses parents. Si le mari reconnaît ses torts, il fait en sorte de transiger avec ceux-ci pour que sa femme revienne à la maison. Tout en leur offrant quelques cadeaux, le mari promet, généralement à ses beaux-parents de mieux traiter leur fille dans l'avenir⁶⁶².

Parfois, le mari fait appel à la justice et exige que son épouse réintègre de force le domicile conjugal. Ainsi, sur la demande du mari, le tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra dans une audience du 16 Octobre 1935 ordonne à la femme de réintégrer le domicile conjugal, étant la femme légitime du demandeur⁶⁶³.

Pendant la période de fuite, la fugitive a-t-elle droit à la pension alimentaire ?

D'après la coutume des Ichkiren la pension alimentaire n'est due que pour la femme en fuite non réclamée par son mari ou celle qui a été expulsée par celui-ci. Ainsi, dans un jugement du 17 février 1937, le tribunal coutumier d'Ichkiren ordonne à la femme de rejoindre le domicile conjugal⁶⁶⁴. Dans ce cas d'espèce, l'épouse est allée chez ses parents sur leur demande pour se faire soigner et ces derniers ont prié le mari de la laisser chez eux jusqu'à sa guérison. Pour le tribunal, l'épouse n'a pas à prétendre à une quelconque pension alimentaire.

⁶⁵⁹ Cf. titre 1, Chapitre 2, section 1.

⁶⁶⁰ ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, op. cit., p. 145.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 145.

⁶⁶² *Ibid.*

⁶⁶³ Tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra, 16 octobre 1935, *ibid.*, p. 229.

⁶⁶⁴ Tribunal coutumier d'Ichkiren, 17 février 1937, *RMD*, 1951, p. 278.

Dans une affaire du 10 mars 1937, présentée devant le même tribunal⁶⁶⁵, une femme quitte le domicile conjugal. Le mari intervient un mois plus tard pour essayer de la reprendre, en vain. Le demandeur, qui est le frère de la femme, réclame le divorce pour sévices et le paiement d'une pension alimentaire. Le tribunal coutumier d'Ichkiren décide qu'étant donné que le mari est intervenu un mois après pour reprendre sa femme, fait reconnu par les parties et les témoins, la coutume lui accorde une pension alimentaire uniquement pour le mois écoulé avant l'intervention du mari. Également, dans un jugement du 10 janvier 1937, le défendeur a demandé de prendre sa sœur pour la soigner, tandis que le mari a toujours assuré son entretien. Le défendeur demande le remboursement des frais médicaux engagés. Le tribunal coutumier déclare que d'après la coutume le défendeur n'a pas droit au remboursement des frais engagés et il ordonne à la femme de rejoindre le domicile conjugal⁶⁶⁶.

Nous constatons qu'il y a une ressemblance entre la loi malékite concernant le droit d'entretien de la femme quittant le domicile conjugal sans autorisation de son mari et la coutume d'Ichkiren en ce qui concerne le droit à la pension alimentaire de la femme en fuite. Cette ressemblance est due vraisemblablement à l'imprégnation de quelques règles de *chra'a* sur la coutume berbère. Toutefois la coutume des Ichkiren n'exige pas une décision judiciaire afin de faire cesser le droit à la pension d'entretien, la seule intervention du mari pour reprendre sa femme suffit pour faire tomber cette pension.

Cependant, le droit de fuite est peu exercé par la femme mariée dans le Haut Atlas oriental et le pré-Sahara marocain (Aït Haddidou, Aït Morrhand, Aït Atta)⁶⁶⁷. Dans ces tribus, il est facile pour l'épouse d'obtenir le divorce⁶⁶⁸. Ce qui nous amène à nous interroger sur la pratique judiciaire de ce mode de dissolution du mariage.

§2- La pratique judiciaire de la dissolution du mariage berbère

Une fois le divorce prononcé (A), la femme berbère peut se retrouver démunie face à certaines coutumes qui exigent que l'épouse divorcée rembourse à son ex-mari le *mal* perçu comme *sadak* (B), ou face à la plupart des coutumes, qui lui ordonnent de rendre les enfants à leur père dès qu'ils atteignent l'âge de deux ans (C).

⁶⁶⁵ Tribunal coutumier d'Ichkiren, 10 mars 1937, *ibid.*, p. 276.

⁶⁶⁶ Tribunal coutumier d'Ichkiren, 20 janvier 1937, *ibid.*, p. 279.

⁶⁶⁷ BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, *op. cit.*, p. 124.

⁶⁶⁸ Cf. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

A. Les formes de divorces possibles

Dans les confédérations de Zayan, Ichkiren et Beni M'guiled, la forme de divorce la plus courante est la répudiation par le mari (1). Le mariage peut également être dissous par la seule volonté de la femme (2).

1. La dissolution par l'effet de la volonté du mari ou la répudiation

Comme en droit musulman, le mari a le droit de répudier sa femme à tout moment de la vie conjugale et sans motif. C'est ce qu'a décidé le tribunal coutumier des Aït Bou Addou et Aït Sidi Bou Abbed (confédération Zayane) dans une audience du 9 octobre 1935 qui déclare l'union rompue entre un mari et sa femme⁶⁶⁹.

Toutefois, et contrairement au droit musulman, chez les Ichkiren, le mari ne peut pas reprendre sa femme, sans son consentement, pendant le délai de viduité. Après répudiation, le mari découvre que sa femme était enceinte et il veut la reprendre. La femme refuse et demande le paiement d'une pension alimentaire jusqu'à l'accouchement. En se fondant sur la coutume des Ichkiren qui d'une part, n'oblige pas la femme répudiée à reprendre la vie conjugale avec son ex-mari, et qui d'autre part n'attribue à la femme enceinte « une pension alimentaire » que si son mari se refuse à la reprendre, le tribunal coutumier des Ichkiren dans une audience du 17 mars 1937 déboute les parties de leurs prétentions réciproques⁶⁷⁰.

2. La dissolution par l'effet de la volonté de la femme

Si chez les tribus Aït Haddidou, Aït Morrhand et Aït Atta la femme peut, par sa seule volonté, provoquer le divorce sans invoquer de motif⁶⁷¹, il n'en est pas du même chez les tribus berbères de la partie nord du Maroc central. Dans cette région l'épouse ne peut demander le divorce que dans des cas bien précis comme l'impuissance du mari, ses mauvais traitements injustifiés et répétés, défaut d'entretien et enfin pour abandon de relations intimes au profit d'une coépouse. Nous allons voir comment les juridictions coutumières des confédérations de Zayan et d'Ichkern mettent en pratique la coutume en ce qui concerne le divorce pour sévices, ainsi que le divorce pour impuissance de l'époux.

Chez les Berbères, et comme dans le rite malékite, le mari a un droit de correction

⁶⁶⁹ Tribunal coutumier des Aït Bou Addou et Aït Sidi Bou Abbed, 9 octobre 1935, ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, op. cit., p. 221.

⁶⁷⁰ Tribunal coutumier des Ichkern, 17 mars 1937, *RMD*, 1951. p. 275.

⁶⁷¹ Cf. Titre 1, Chapitre 1, Section 1, § 2.

sur sa femme⁶⁷², à condition que les violences soient légères et provoquées par la conduite de la femme. Les violences légères désignent celles qui ne laissent pas de traces sur le visage. Le mari qui blesse son épouse peut être traduit devant la *jma'a* et être condamné au paiement d'une indemnité selon la gravité de la blessure. Ainsi le tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra (confédération Zayan) décide dans une audience du 27 mai 1935 que si à la suite de sévices, l'époux occasionne à sa femme un *aïb* (dépréciation d'ordre esthétique), il doit une réparation pécuniaire aux parents de la victime⁶⁷³. Le versement de cette indemnité ne peut être exigé pendant le mariage. Il n'est prévu que dans le cas et au moment de la dissolution du mariage et se fait habituellement en déduction du mal. En l'occurrence, l'*aïb* consiste en une cicatrice située entre les sourcils. Le préjudice occasionné est estimé à trente réaux par le tribunal. Dans un autre cas d'espèce, un mari reconnaît avoir fendu une oreille en tirant sur la boucle d'oreille de son épouse. Le tribunal coutumier d'Ichkern dans son jugement du 17 février 1937 déclare que la coutume lui accorde une indemnité dont le montant est soumis à l'appréciation du tribunal coutumier, un an après la date de la blessure. Cependant, le paiement de cette indemnité n'est exigible qu'à la séparation⁶⁷⁴.

Les mauvais traitements répétés et injustes donnent lieu à la désignation par la *jma'a* d'un « ahmil » ou « nadhir » qui surveille le comportement de l'époux et s'il constate la violence de ce dernier le signale à l'assemblée. Ce témoin est désigné chez les Ichkern parmi les gens honorablement connus du voisinage de la tente des époux⁶⁷⁵. Il a pour mission de constater les mauvais traitements exercés sur l'épouse par son mari. Cette surveillance doit être discrète et ne peut gêner la vie du couple⁶⁷⁶. La coutume des Ichkiren prévoit la désignation de trois *nadhirs* successifs. La femme présente ses plaintes à ce *nadhir* et sollicite son témoignage devant la *jma'a*. Si ce témoin déclare que le mari est coupable de sévices injustifiés, la *jma'a* enregistre sa déclaration, mais elle est obligée de nommer un second *nadhir*, puis un troisième. Ce n'est qu'à la suite de témoignage des trois *nadhirs* en faveur de la femme, que le mariage est rompu et la femme répudiée⁶⁷⁷. Par deux jugements en date du 17 février 1937, le tribunal coutumier d'Ichkern ordonne à la femme, qui se plaint

⁶⁷² En cas d'adultère, le mari peut même couper le nez d'une femme. Ce genre de châtement est courant chez les Zayans.

⁶⁷³ Tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra, 27 mai 1935, ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, op. cit., p. 217.

⁶⁷⁴ Tribunal coutumier des Ichkern, 17 février 1937, *RMD*, 1951, p. 277.

⁶⁷⁵ DENAT M., « Coutumes berbères Ichkern : la dissolution du mariage », *RMD*, mai 1951, p. 209.

⁶⁷⁶ *Ibid.*

⁶⁷⁷ *Ibid.*

de sévices de la part de son époux, de rejoindre le domicile conjugal et décide que le divorce ne saurait être prononcé contre le gré du mari qu'en cas de sévices répétés et signalés par trois *nadhirs* consécutifs⁶⁷⁸. Également, dans un jugement du 10 mars 1937, le même tribunal coutumier déclare que le divorce ne peut être prononcé que si les actes de violence émanant du mari sont constatés par trois *nadhirs*⁶⁷⁹. En l'espèce, la femme a quitté le domicile conjugal. Le demandeur frère de la femme demande le divorce pour sévices. Le tribunal ordonne à la femme de rejoindre le domicile conjugal sans délai et met le ménage sous la surveillance d'un *nadhir* désigné par le tribunal⁶⁸⁰.

Il arrive parfois qu'un *nadhir* conclue qu'il n'y a pas de torts injustifiés. Un nouvel arbitre est désigné jusqu'à ce que trois d'entre eux, successivement ou non, témoignent l'existence de sévices de la part du mari. Le tribunal coutumier d'Ichkern dans un jugement du 17 mars 1937 fait une application à la lettre de cette coutume⁶⁸¹. En l'occurrence, le mari demande que sa femme réintègre le domicile conjugal et l'épouse prétend qu'elle est victime de sévices. Le tribunal ordonne à la femme de rejoindre le domicile conjugal et désigne un *nadhir* pour surveiller le ménage et constater les sévices. Toutefois, le *nadhir* nommé par décision du tribunal déclare qu'il n'y avait pas de torts émanant du mari. Conformément à la coutume des Ichkern, la juridiction ordonne la nomination d'un second *nadhir*. Lorsque les trois arbitres ont ainsi témoigné en faveur de la femme, le mariage est rompu par décision du tribunal. Mais la femme est dans l'obligation de rembourser le douaire versé par le mari.

Au Maroc central, l'impuissance physique du mari est une cause du divorce, mais la femme ne peut s'en prévaloir qu'après une année du mariage. Un délai supplémentaire d'une année est accordé au mari, à partir du moment où la femme expose ses griefs à la *jma'a* et demande l'annulation du mariage. En décembre 1935, un mari s'est présenté au tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra pour réclamer le retour de sa femme au logement familial. La défenderesse, mère de l'épouse, demande l'annulation du mariage sans restitution du mal, car le demandeur est impuissant. Sa fille étant encore vierge. Interrogé, l'époux avoue son infirmité et demande un délai d'un an, parce qu'il espère la guérison. Dans son audience du 10 décembre 1935, le tribunal accorde un délai d'un an au mari pour

⁶⁷⁸ Tribunal coutumier des Ichkern, deux jugements du 17 février 1937, *RMD*, 1951, p. 277-278.

⁶⁷⁹ Tribunal coutumier des Ichkern, 10 mars 1937, *RMD*, 1951, p. 276.

⁶⁸⁰ *Ibid.*

⁶⁸¹ Tribunal coutumier des Ichkern, 17 mars 1937, *RMD*, 1951, p. 274.

consommer le mariage et décide que si à l'expiration de ce délai, le demandeur est toujours impuissant, le mariage sera annulé à la demande de la femme sans restitution du mal⁶⁸².

Si le mari ne reconnaît pas les faits, la *jma'a* nomme un *nadhir* qui pendant une nuit entière est le témoin oculaire des ébats du couple⁶⁸³. S'il constate que c'est à cause de la femme que le mari a cette impuissance, celui-ci la répudie tout en récupérant la dot.

B. Le remboursement du mal

Chez les Zayans, le mari qui a répudié sa femme ne peut exiger immédiatement le remboursement du douaire. Il est obligé de lui accorder un délai de trois mois, le temps pour elle de se remarier. Ainsi, à la suite de son abandon par le mari, une femme se présente au tribunal coutumier des Aït Krat pour qu'il remplisse ses obligations conjugales ou qu'il la répudie. Le mari accepte de la répudier. Le tribunal décide le 29 novembre 1935 que la restitution du douaire devra être effectuée dans un délai de trois mois⁶⁸⁴.

Souvent, par accord entre les parties, l'ex-mari attend que son ex-femme se remarie, même si ceci n'intervient que plusieurs années plus tard⁶⁸⁵. De ce fait, il possède une créance sur le mariage ultérieur de sa femme⁶⁸⁶.

Il existe une partie du douaire que le mari ne peut récupérer. Elle correspond au prix de la défloration s'il avait épousé une femme vierge⁶⁸⁷. Ainsi le tribunal des Aït Bou addou et Aït Sidi Bou Abbed décide dans une audience du 7 novembre 1935 que si la femme a été donnée vierge en mariage, et en cas de répudiation par le mari, ce dernier doit « faire abandon sur le *mal* d'une certaine somme d'argent, à titre d'indemnité, pour la perte de la virginité »⁶⁸⁸. Le taux de l'indemnité pour défloration est de 10 douros. Ici le tribunal se fonde sur la coutume Zayane qui dispose qu'en cas de répudiation par le mari, ce dernier ne récupère qu'une partie du *mal*. L'autre partie correspond au prix de la défloration de la femme vierge.

⁶⁸² Tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra, 10 décembre 1935, ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, op. cit., p. 207.

⁶⁸³ *Ibid.*, p. 119-120, DENAT M., « Coutumes berbères Ichkern : la dissolution du mariage », *RMD*, mai 1951, p. 203- 204, et MARCY G., « Le mariage en droit coutumier zemmour », *RA*, 1930, p. 88-89.

⁶⁸⁴ Tribunal coutumier des Aït Krat, 29 novembre 1935, ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, op. cit., p. 216.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, p. 131.

⁶⁸⁶ *Ibid.*

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 130-131 ; *ibid.*, p. 227.

⁶⁸⁸ Tribunal des Aït Bou Addou et Aït Sidi Bou Abbed, 7 novembre 1935, *ibid.*, p. 227.

Également, et en application de la coutume locale, le tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra décide que lorsque l'épouse décède avant que la consommation du mariage n'ait lieu, ses parents sont tenus de restituer intégralement le *mal* perçu.⁶⁸⁹

D'autre part, les tribunaux Zayan recourent à la coutume qui dispose que lorsqu'un ex-mari ne peut du fait de l'indigence totale de son ex-femme, se faire rembourser son *mal*, il ne peut rien faire à part la reprendre comme épouse. Le tribunal coutumier des Aït Harkat de Guelmous décide dans une audience du 23 mars 1935 que le mari a le droit de reprendre sa femme divorcée, moyennant le même *mal*, si à l'expiration du délai imparti, cette femme n'a pu, faute de moyens, en restituer. S'il refuse de la reprendre, il doit attendre que la *taounza* (chance) permette à son ex-femme de se remarier et de toucher ainsi un nouveau *mal* pour le rembourser. En l'espèce, le mari choisit de reprendre sa femme moyennant le même douaire⁶⁹⁰.

La coutume sur le remboursement du *mal* est fluctuante d'une tribu à une autre de la confédération Zayan. Par exemple, le tribunal coutumier des Aït Bou Addou et Aït Sidi Bou Abbed décide dans un jugement du 21 mai 1935 que le douaire institué chez les Aït Sidi Bou Abbed consiste en un *sadak* qui n'est pas remboursable⁶⁹¹.

C. La garde des enfants

Comme dans la plupart de tribus berbères, chez les Zayans, le droit de garde de la mère divorcée ou veuve ne dure que pendant la période de l'allaitement. Le père peut récupérer son enfant dès que ce dernier a atteint l'âge de deux ans révolus. Pendant ce temps-là, le père ou ses héritiers, sont tenus de lui payer tous les mois, une certaine somme d'argent appelé *radiaa*. Cette « pension alimentaire »⁶⁹² est calculée en prenant en compte l'état de fortune du père et souvent, elle est déduite du montant du *mal*⁶⁹³.

Le tribunal coutumier des Aït Krat dans une audience du 12 juin 1935 applique strictement ces principes. Il décide que la femme divorcée conserve le droit de garde de son

⁶⁸⁹ Tribunal coutumier des Aït Harkat de Khénifra, 29 avril 1935, *ibid.*, p. 231.

⁶⁹⁰ Tribunal coutumier des Aït Harkat de Guelmous, 23 mars 1935, *ibid.*, p. 223.

⁶⁹¹ Tribunal coutumier des Aït Bou Addou et Aït Sidi Bou Abbed, 21 mai 1935, *ibid.*, p. 251.

⁶⁹² Selon les cas d'espèce, la « pension alimentaire » désigne la *radiaa*. Cette forme de réappropriation des concepts du droit français est due vraisemblablement à une volonté de faire comprendre au public français de quoi il s'agit, sachant que les sentences sont transcrites par des agents du contrôle, Français, et uniquement en langue française.

⁶⁹³ ASPINION R., *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, *op. cit.*, p. 136.

enfant en bas âge pendant ses deux premières années, et que le père de l'enfant doit servir une pension à la mère pendant ces deux ans. La valeur de cette pension est calculée selon la situation économique du père, mais ne saurait en aucun cas être inférieure à vingt francs par mois. Il décide également que le montant du *mal* à restituer par les parents de la femme divorcée est le plus souvent déduit du total de la pension attribuée pendant la garde de l'enfant.

De même, un arrêt du tribunal coutumier d'appel de Tadla confirme le jugement du tribunal coutumier des Aït Mohand qui déboute le demandeur qui après avoir répudié sa femme, demande que la garde de sa fille qui n'a pas encore atteint deux ans lui revienne, car son ex-épouse manifeste l'intention de se remarier à l'expiration de sa retraite légale. Le tribunal décide qu'aucun enfant ne peut être séparé de sa mère pendant ses deux premières années⁶⁹⁴.

Enfin, il faudra préciser qu'en matière du divorce, comme tous les actes d'ordre civil, le rôle des membres du tribunal coutumier se borne à faire constater le déroulement légal du procès. G. Marcy nous rapporte : « La djemaa berbère n'est pas un véritable tribunal en matière civile ; semblable au juge-arbitre de l'instance « in judicio » du droit romain primitif, les notables n'ont aucun pouvoir propre pour casser les actes litigieux qui leur sont soumis : ce sont les parties elles-mêmes qui dirigent l'action et ils ne sont en quelques sortes que les témoins solennels du débat instauré par celles-ci. Les preuves coutumières ayant été correctement administrées, les notables se bornent « à dire le droit », « jus dicere », à constater en connaissance de cause quelle est des deux parties celle qui a eu raison de demander le divorce »⁶⁹⁵.

À partir de cette vingtaine de décisions dépouillées, nous ne pouvons pas affirmer qu'il y avait une quelconque influence des commissaires du gouvernement. Les tribunaux de première instance comme ceux d'appel appliquent strictement la coutume locale. Cependant, il est intéressant de rappeler que depuis l'installation des tribunaux coutumiers chez les Aït Haddidou les femmes peuvent garder leurs bébés jusqu'à leurs deux ans alors qu'auparavant le droit de garde de la mère ne durait que sept jours après la naissance de l'enfant⁶⁹⁶. Le commissaire du gouvernement a pu, par son pouvoir novateur, réformer la coutume des Aït Haddidou en matière de la *hadana* et l'aligner sur celle des autres tribus.

⁶⁹⁴ Tribunal coutumier d'Appel de Tadla, 19 juillet 1951, CADN, DI 1MA/200/734.

⁶⁹⁵ MARCY G., *Le problème du droit coutumier berbère*, Alger, édition Ferraris, 1954, p. 148-149.

⁶⁹⁶ Partie 1, chapitre 1, section 2, § 1.

Section 3 : L'application de la loi juive par les juridictions rabbiniques

Les israélites marocains quant à eux relèvent des juridictions rabbiniques et appliquent leurs propres lois d'inspiration religieuse. Des *takkanots* ont été adoptés, en outre, afin d'adapter le droit aux changements sociaux. Comme le reste des juridictions indigènes, les tribunaux rabbiniques appliquent-ils strictement le droit mosaïque et les *takkanots* nouvelles ?

Afin de répondre à cette question, nous avons choisi d'analyser dans un premier temps les décisions traitant de la question du mariage juif (§1), pour nous intéresser ensuite au divorce (§2).

1§ Les questions liées au mariage

Concernant le mariage juif, les juridictions rabbiniques ont dû se prononcer, notamment, dans deux situations : le lévirat (A) et la polygamie (B).

A. Le lévirat

Le *lévirat* est une institution particulière du droit mosaïque. Si un israélite meurt sans postérité, la femme du défunt est obligée de se marier avec le frère de ce dernier. Ainsi, un jugement du tribunal rabbinique de Meknès du 7 février 1922 oblige la femme à se remarier avec le frère du défunt, faute de quoi elle n'hériterait pas et ne pourra pas se remarier avec un étranger⁶⁹⁷. Ce jugement n'est que la stricte application des principes essentiels du *lévirat*. Le fondement légal de cette institution est inscrit dans le Deutéronome⁶⁹⁸. Pour échapper au *lévirat*, il faudra recourir au déchaussement, dit « Halitza ». Mais cette formalité ne bénéficie qu'au *lévir*⁶⁹⁹. La veuve quant à elle ne peut y soustraire, sauf à saisir le tribunal rabbinique, qui par son pouvoir d'appréciation examine les motifs présentés par la femme et décide de la suite à donner à sa demande. En l'espèce, le tribunal rabbinique de Meknès a jugé irrecevables les raisons invoquées par la veuve afin d'échapper au *lévirat*. Si la femme refuse l'exercice *lévirat*, elle sera « moradit », c'est-à-dire rebelle. Elle n'a

⁶⁹⁷ Tribunal rabbinique de Meknès, 7 février 1922, *RM*, n° 1, 1935, p. 59.

⁶⁹⁸ Il forme un second code de lois après celui de l'exode, il contient le récit des derniers discours de Moïse aux Israélites et le récit de sa mort, avant qu'ils n'entrent au pays de Canaan, sur l'autre rive du Jourdain.

⁶⁹⁹ MOUGNIOT R., Note au jugement du 7 février 1922, tribunal rabbinique de Meknès, *RM*, *op. cit.*, p. 60.

aucun droit dans la succession de son mari défunt et ne pourra jamais se remarier⁷⁰⁰.

Ainsi, nous pouvons déduire que le but essentiel de cette institution est de perpétuer le nom de famille et le patrimoine familial. Ce motif peut être invoqué également pour justifier la demande d'avoir une deuxième épouse si la première est stérile.

B. La polygamie

En droit hébraïque la polygamie est permise à l'homme qui est capable de subvenir aux besoins de ses épouses. Toutefois, en pratique, les familles israélites, pour protéger les intérêts de leurs filles, insèrent souvent dans le contrat de mariage « la kétouba », une clause de monogamie ou subordonne la bigamie au consentement préalable de l'épouse. Ce consentement n'est, toutefois, pas exigé en cas de stérilité de la femme. C'est ce qui a été prévu par un *Takanot* de 1593⁷⁰¹. Ainsi, s'il n'y a pas eu de postérité après dix années de mariage, le mari israélite marocain peut se marier à nouveau⁷⁰².

Un jugement du tribunal rabbinique de Meknès du 2 décembre 1926 fait une application à la lettre de ces principes. En l'espèce, un mari demande au tribunal la permission d'avoir une nouvelle épouse. La femme résiste à l'action de son mari en invoquant qu'il ne pourra pas subvenir aux besoins de deux ménages et qu'il n'a qu'à la répudier selon la loi mosaïque. Le tribunal rabbinique autorise au mari la bigamie, car la femme est stérile et la communauté de vie a duré plus que 10 ans, ce en dépit du refus de l'épouse⁷⁰³.

La solution sera entérinée par le tribunal de Mogador⁷⁰⁴. Il énonce que la loi autorise le mari à prendre une seconde femme sans que la première ne puisse s'y opposer ni exiger

⁷⁰⁰ *Ibid.*

⁷⁰¹ « En 1593, les rabbins castillans, avec l'accord des diverses communautés du Maroc, promulguèrent-il une seconde ordonnance qui autorisa la bigamie, mais seulement dans les deux cas suivants : 1) Lorsqu'après dix ans de mariage, l'homme n'est pas parvenu à avoir d'enfants mâles ou femelles de la première femme. Il en est de même lorsque les enfants issus de la première femme ont cessé d'exister depuis une période de dix ans. 2) Lorsque le mari est contraint d'exercer le lévirat durant les dix premières années du mariage, même s'il a eu des enfants » (ZAGOURI A., *Du mariage en droit hébraïque*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1960, p. 75).

⁷⁰² « Notons que les causes de stérilité sont imputées seulement à la femme, le mari étant toujours présumé capable d'avoir des enfants. Si la seconde épouse n'est pas plus féconde que la première la loi permet au mari de convoquer même en troisièmes noces, mais cette fois-ci après cinq ans de mariage seulement » (MALKA E., Note au jugement du tribunal rabbinique de Mogador, *RMD*, 1950, p. 89).

⁷⁰³ Tribunal rabbinique de Meknès, 2 décembre 1926, *RM*, n° 6-7, p. 63.

⁷⁰⁴ Tribunal rabbinique de Mogador, *RMD*, 1950, p. 88.

le divorce préalable, en cas de stérilité de la femme après dix ans de mariage, conformément au *takanot*.

Les conditions d'application de la polygamie démontrent la large place accordée à la dimension procréatrice du mariage israélite comme d'ailleurs pour le mariage musulman. Cette union sacrée peut toutefois, on l'a vu précédemment, être rompue par un *gueth* volontaire ou forcé.

§2 Le divorce et la garde des enfants

La femme juive peut, en certains cas, demander le divorce (A). La loi hébraïque lui accorde, en outre, la priorité en matière de la garde des enfants (B).

A. Le divorce comme ultime solution

La possibilité pour la femme de rompre elle-même le lien conjugal n'a été introduite que progressivement dans la législation juive et les causes légitimant la demande de divorce en faveur de la femme n'étaient admises que sous forme de dérogation à la loi, car le principe est que l'épouse ne peut réclamer le divorce⁷⁰⁵. Parmi ces causes restrictives, nous citons, à titre d'exemple, le défaut d'entretien, l'apostasie, l'excès de sévices ou l'impuissance physique du mari. Pour faire sa demande, la femme se présente au tribunal rabbinique. Si ce dernier est convaincu par les allégations invoquées, ordonne au mari de répudier sa femme, mais comme nous savons c'est toujours le mari qui doit écrire le *gueth*. En cas de refus, les tribunaux peuvent par des moyens de coercition l'obliger à donner cet ordre. Les principaux cas de « *gueth forcé* » donnant au profit de la femme le droit de divorce sont le divorce pour défaut d'entretien (1) et le divorce pour apostasie (2). D'autre part, dans le cas d'adultère imputé à l'épouse, le tribunal est obligé de prononcer le divorce sans paiement du douaire (3).

1. La résistance à la mise en œuvre du divorce pour défaut d'entretien

Comme en Islam, l'obligation d'entretien incombe au mari israélite. La violation de cette obligation est sanctionnée par la possibilité pour la femme de saisir la justice. Si les faits sont avérés, le tribunal rabbinique n'impose qu'exceptionnellement au mari de répudier

⁷⁰⁵ ZAGOURI A., *Le divorce d'après la loi talmudique chez les Marocains de confession israélite et les réformes actuelles en la matière*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1958, p. 57.

sa femme. Souvent, les rabbins-juges se contentent de rappeler au mari son devoir d'entretien vis-à-vis de sa femme. Cette question de divorce pour entretien n'a pas manqué de soulever le débat et de diviser les jurisconsultes israélites. Certains, comme le rabbin Samuel ont songé qu'il n'était pas nécessaire de prononcer la répudiation pour défaut d'entretien et qu'il fallait uniquement ordonner au mari d'entretenir sa femme⁷⁰⁶. Mais d'autres théologiens n'étaient pas de même avis. Joseph Caro précise dans son « Code rabbinique » du XVI^e siècle, chapitre 154, art. 3 : « Le mari qui ne pourvoit pas à la nourriture et à l'entretien de sa femme sera obligé de la répudier en lui payant sa dot. La femme peut aussi forcer son mari à la répudier s'il ne cohabite pas avec elle »⁷⁰⁷.

L'arrêt du Haut Tribunal Rabbinique du 27 décembre 1934 ne condamne pas le mari à un divorce immédiat. L'époux ne sera contraint à donner le *gueth* que s'il refuse de traiter sa femme et ses enfants conformément à la « conduite coutumière aux maris israélites ». Le juge israélite ne peut prononcer le divorce qu'après avoir procédé à deux tentatives de réconciliation, puisque le divorce n'est pas recommandable dans la religion juive⁷⁰⁸.

Dans cette affaire, les juges du fond suivis par le Haut Tribunal Rabbinique ont décidé d'ailleurs que des mesures de coercitions doivent être prononcées contre le mari, puisqu'il a abandonné sa femme et ses enfants sans entretien. Néanmoins, il demeure « tenu de donner à sa femme et ses jeunes enfants, nourriture, vêtements et loyer selon ses facultés, à dire des experts ; de rentrer chez lui, de manger à la table de son épouse, de cohabiter avec elle selon l'usage des israélites droits. S'il refuse, il y sera contraint par les autorités ou paiera à sa femme sa *kitouba* et la répudiera régulièrement par l'acte rituel et se chargera de l'entretien de ses enfants »⁷⁰⁹.

Ceci montre bien avec quelle prudence les tribunaux rabbiniques appliquent le système de la répudiation forcée du fait que, dans la pratique, les rabbins sont réticents et tentent toutes les formes de conciliations avant de procéder à la rupture du lien matrimonial

⁷⁰⁶ *Ibid.*, p. 58.

⁷⁰⁷ SAUTAYRA E., et CHARLEVILLE M., *Code Rabbinique Eben Haezer, Traités Ketouboth, Guittin et Yiboum*, traduits par extraits avec les explications des docteurs juifs, la jurisprudence de la Cour d'Alger et des notes comparatives de droit français et de droit musulman, Alger, Imprimerie centrale algérienne, 1869, p. 290. Cité par *ibid.*, p. 58.

⁷⁰⁸ MOUGNIOT. R., Note à l'arrêt du Haut Tribunal Rabbinique du 27 décembre 1934, *RM*, n° 1, 1935, p. 19.

⁷⁰⁹ Haut Tribunal Rabbinique, 27 décembre 1934, *RM*, n° 1, 1935, p. 18.

qui demeure, pour eux, un échec⁷¹⁰. Toutefois, ces juridictions rabbiniques n'hésitent pas à forcer le mari à répudier sa femme s'il y a apostasie.

2. L'apostasie : un motif de rupture du lien matrimonial quasi automatique dans la pratique

Dans la religion juive, la femme dont le mari est devenu apostat ne peut rester dans le lien conjugal. Le juge israélite marocain accorde aisément le divorce dans ce cas.

Un arrêt du 27 août 1933 a forcé le mari à répudier sa femme par un *gueth* régulier en raison de sa conversion à l'Islam. Le Haut Tribunal Rabbinique confirme le jugement du tribunal de Mogador qui affirme que le mari apostat « s'il restait marié à une juive, lui ferait infailliblement enfreindre la loi de ses ancêtres, en lui faisant violer le sabbat ou commettre d'autres péchés, ou tout simplement en tentant de la faire convertir à son tour »⁷¹¹. En le forçant à délivrer le *gueth*, le tribunal de Mogador avance le fait qu'il est à craindre que le mari pousse sa femme à pécher.

Dans cette affaire, le mari s'engage devant le tribunal à nourrir sa femme, et à lui permettre d'observer ses obligations religieuses. Toutefois, la femme produit un acte de notoriété « aux termes duquel deux témoins irrécusables ont attesté savoir pertinemment, que depuis un an, le mari est lié à une musulmane avec laquelle il est toujours, qu'il la fréquente et l'entretient tel un mari »⁷¹². Or, les jurisconsultes admettent que la débauche est une cause de divorce et dans ce cas d'espèce, il y a un cumul de celle-ci et de l'apostasie, ce qui laisse peu de chance au mari. Il est, par ailleurs, condamné à payer à sa femme « la totalité de sa *kitoubbah* (douaire), sa nourriture et son habillement jusqu'au jour du divorce et la nourriture et l'habillement de ses filles âgées de moins de six ans (mais il n'a plus d'obligations envers ses filles plus âgées du fait qu'il ne conserve pas sa confession juive et n'est donc pas obligé de le faire à titre charitable). S'il refuse l'exécution de ce jugement, il sera poursuivi sur ses biens »⁷¹³.

Il existe d'autres hypothèses où le divorce est obligatoire. Dans ce cas, le mari est

⁷¹⁰ Aujourd'hui encore en Israël, les rabbins-juges estiment que leur rôle est avant tout de réconcilier les époux plutôt que de les séparer. Ils accordent le plus souvent une seconde chance au mari en cas d'adultère ou de violence domestique à condition qu'il exprime des regrets et qu'il ne récidive pas. Cf. RENUCCI F., « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIXe siècle à nos jours. Le cas de refus de délivrance du *gueth* en droit interne », *op. cit.*, p. 49 et s. <https://www.academia.edu>.

⁷¹¹ Haut Tribunal Rabbinique, 27 août 1933, *RM*, n° 3, 1935-1936, p. 50.

⁷¹² *Ibid.*

⁷¹³ *Ibid.*

obligé de délivrer le *gueth* à sa femme.

3. Le divorce pour adultère sans constat de flagrant délit

En droit hébraïque, il est possible de considérer un acte comme adultère, même s'il n'y a pas eu constat de flagrant délit. Il suffit que l'épouse s'isole avec un homme soupçonné. Dans ce cas, l'époux qui suspecte sa femme d'infidélité doit en premier lieu lui interdire, devant au moins deux témoins, de s'isoler avec la personne soupçonnée d'être son amant. Si elle passe outre, l'époux doit la répudier sans lui rembourser son douaire⁷¹⁴.

Dans un cas d'espèce similaire passé devant le tribunal rabbinique de Marrakech le 11 décembre 1945, la juridiction affirme que : « Tout divorce pour délit de relation sans adultère devra être prononcé avec paiement du douaire.

La perte du douaire n'est prévue que dans les deux cas suivants :

- Adultère constaté par deux témoins irrécusables.
- Si l'époux avait fait à son épouse un avertissement devant témoins lui interdisant de commettre le même acte, et si malgré cet avertissement elle commet la même faute devant témoins. »⁷¹⁵.

Ce jugement est confirmé par le Haut Tribunal Rabbinique de Rabat le 17 juillet 1946. Il énonce :

« J...ne peut perdre sa « kittouba » qu'après avertissement. En conséquence, le tribunal la préviendra que si elle continue à adopter cette attitude ou autre semblable, elle perdra son douaire en vertu de la loi condamnant la transgression de la loi mosaïque en matière matrimoniale »⁷¹⁶.

Ainsi, dans ce cas de divorce obligatoire, la juridiction rabbinique fait en sorte d'avertir la femme et lui prévenir des risques qu'elle encourt si elle continue à se comporter de telle manière. C'est seulement en cas de récidive constatée devant au moins deux témoins que le tribunal rabbinique décide le divorce sans paiement du douaire⁷¹⁷.

Par ailleurs, le mari qui accuse sa femme d'adultère est obligé de la répudier, sauf s'il se rétracte par la suite et précise qu'il ne l'avait fait que sous l'effet de la colère et à

⁷¹⁴ MALKA E., *Essai sur la condition juridique de la femme juive au Maroc*, op. cit., p. 67-68.

⁷¹⁵ Cité par *ibid.*, p. 68.

⁷¹⁶ Cité par *ibid.*

⁷¹⁷ *Ibid.*

l'occasion d'un différend de ménage.

La pratique judiciaire démontre que les juges n'appliquent le divorce qu'en dernier recours et privilégie diverses formes de conciliation avant de le prononcer. Le cas de l'apostasie fait l'exception. Une fois que le *gueth* est délivré se pose la question des effets du divorce, notamment en matière de garde d'enfants.

B. L'application stricte des règles religieuses en matière de garde d'enfants

En droit hébraïque les règles concernant l'allaitement et le droit de garde sont en grande partie similaires à celles du droit musulman. La mère a le statut prioritaire en matière de la garde des enfants, mais elle doit présenter certaines garanties personnelles de moralité et de santé physique. Le droit de garde dure pour les garçons jusqu'à l'âge de six ans, et sans limite d'âge pour les filles. Pendant cette période, le père doit servir à ses enfants une pension d'entretien, calculée par les rabbins-juges selon l'état de fortune du mari⁷¹⁸. Ainsi dans un arrêt du Haut Tribunal Rabbiniq, le père demande que la garde de son enfant lui soit confiée, alléguant qu'il ne peut lui fournir chez sa mère sa pension alimentaire. Le tribunal rabbinique de Marrakech du 28 décembre 1945 décide que tant que l'enfant n'a pas atteint l'âge de six ans, le père doit lui fournir une pension d'entretien chez sa mère⁷¹⁹. Ce jugement sera confirmé par le Haut Tribunal Rabbiniq. Si les conditions de la garde font défaut chez la mère, à qui l'enfant doit-il être confié en second lieu ?

En principe, le tribunal rabbinique le confie au père. Mais, ce qui compte avant tout est l'intérêt de l'enfant. Par exemple, s'il s'est avéré au tribunal que dans l'intérêt de l'enfant, la garde doit être confiée à sa grand-mère maternelle, il pourra en décider et l'enfant sera nourri aux frais du père⁷²⁰.

Dans une affaire passée devant le tribunal rabbinique de Mogador et après le divorce, le père demande que la garde de sa fille d'un an lui soit confiée, car la mère est partie travailler dans une autre ville et a laissé la fillette à sa grand-mère. Le tribunal décide que le père pourra reprendre sa fille, mais il faudra l'existence de l'une des conditions suivantes :

- Le père est marié à une femme qui a pris l'engagement formel de s'occuper de la fillette.

⁷¹⁸ MALKA E., Note au jugement du 16 février 1949, *RMD*, 1951, p. 182.

⁷¹⁹ Tribunal rabbinique de Marrakech, 28 décembre 1945, *ibid.*, p. 180.

⁷²⁰ MALKA E., Note au jugement du 16 février 1949, *ibid.*, p. 182.

- La mère du demandeur habite avec lui.

Si aucune de ces conditions n'est remplie, la petite fille continue à être gardée par sa grand-mère maternelle⁷²¹.

En somme, nous constatons que les tribunaux rabbiniques du Maroc appliquent strictement le droit de la famille hébraïque, qu'il s'agisse du régime traditionnel talmudique ou des réformes qui lui ont été apportées grâce aux « takkanots ». La pratique judiciaire autochtone reste, généralement, fidèle aux textes religieux et aux coutumes locales. Ces règles se retrouvent parfois en concurrence avec d'autres. Il arrive que les lois marocaines du statut personnel soient en conflit avec une loi étrangère, comme dans le cas des mariages mixtes.

⁷²¹ Tribunal rabbinique de Mogador, 16 février 1949, *ibid.*, p. 180.

CHAPITRE 2 – CHAPITRE II - LE MARIAGE MIXTE, D'UNE SITUATION COLONIALE COMPLEXE À UNE SITUATION PROBLÉMATIQUE

« La notion de conflit international de lois suppose essentiellement en un pays déterminé, une situation juridique complexe dont la solution ne peut être trouvée que par l'exercice d'un choix entre plusieurs lois émanant de souverainetés différentes, qui pourraient être également compétentes, mais l'une doit finalement l'emporter, conformément aux dispositions du système de droit privé international du pays considéré »⁷²². Le problème de conflit de lois se présente notamment dans le cas de mariage mixte. Le mariage mixte pourrait être source de conflit, entre la loi de chacun des deux époux, et parfois celles de leurs enfants, qui peuvent être différentes de celles de leurs ascendants directs⁷²³.

Dans ce chapitre, nous nous intéressons aux cas de mariages mixtes conclus entre Marocains et étrangers. Ce genre d'union engendre une situation juridique mal déterminée, notamment en ce qui concerne le régime des biens, la capacité de l'épouse, les modes de dissolution de l'union, les droits et les devoirs de chaque conjoint⁷²⁴. De plus, le dahir sur la condition civile des Français et des étrangers dans le Protectorat français du Maroc (DCC) du 12 août 1913⁷²⁵ ne contient aucune disposition relative au mariage des Marocains avec des Français ou des étrangers.

En outre, au point de vue sociologique, l'intérêt de la question des mariages mixtes est aussi grand. Même si les ménages mixtes permettent de fusionner différents groupes sociaux et culturels d'un territoire, il n'empêche qu'il puisse engendrer des inconvénients liés aux différences de mœurs⁷²⁶. Selon *l'annuaire de statistique générale*, de 1927 à 1932, 408 mariages mixtes sont célébrés au Maroc, conformément aux dispositions du dahir du 4 septembre 1915 sur l'état civil⁷²⁷. En 1945, le service des statistiques du protectorat en recense 226⁷²⁸ et en 1946, l'unique ville de Casablanca offre 106 exemples de ce genre

⁷²² MEYLAN M., « Les mariages mixtes au Maroc », *Revue internationale du droit privé*, 1935, p. 35.

⁷²³ *Ibid.*

⁷²⁴ MEYLAN M., *Les mariages mixtes en Afrique du Nord : conclusion, effets sur la personne et les biens, dissolution*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 185.

⁷²⁵ « Dahir sur la condition civile des français et des étrangers dans le protectorat français du Maroc », *RA*, 1914, p. 24 et s.

⁷²⁶ LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, Thèse, Droit, Paris, 1950, p. 8.

⁷²⁷ MEYLAN M., *Les mariages mixtes en Afrique du Nord : conclusion, effets sur la personne et les biens, dissolution*, *op. cit.*, p. 34.

⁷²⁸ Aucune statistique du nombre total de mariages ne nous revient de la période coloniale. Ceci est dû, sans doute, au fait que la plupart des unions se concluent de manière consensuelle, sans recours à l'écrit.

d'unions⁷²⁹. Ce nombre a connu une nette augmentation vers les années 1950, notamment grâce au retour d'un grand nombre de travailleurs marocains et de militaires qui ont conclu des unions en Métropole avec des Françaises ou des Européennes.

Si, au début du Protectorat, les cas de mariages mixtes concernent notamment les israélites de nationalités différentes, à partir des années 1930, les unions entre Marocains, musulmans et Européennes commencent à se répandre⁷³⁰. Elle concerne aussi bien la classe populaire : ouvrier de retour de France, petits commerçants, fonctionnaires, sous-officiers... que la classe bourgeoise, quelques médecins, pharmaciens, notables du commerce et de l'industrie et même *caïds* ou *pachas* ont épousé des Françaises et parfois des Américaines ou des Suissesses d'un niveau social égal⁷³¹. L. Legendre cite l'exemple du *caïd* Driss Amor de Sidi Ben Nour marié à une infirmière catholique de Salé : « Il avait plusieurs femmes, mais il n'impose à l'européenne le voisinage d'aucune coépouse et tous les dimanches le *caïd* la conduit dans sa voiture à la messe et vient la rechercher à la sortie de l'église. Leur ménage est excellent »⁷³².

En matière de mariage mixte, les tribunaux français sont compétents, car une partie au litige n'est pas marocaine⁷³³. Toutefois, quand la juridiction française se prononce en matière de statut personnel des musulmans ou des israélites, elle applique le droit musulman ou le droit hébraïque. Ainsi le jugement du tribunal civil de Fez en date du 17 novembre 1937 concernant un couple algérien, applique le principe malékite qui attribue la garde de l'enfant à sa mère sauf en cas de remariage ou de décès⁷³⁴.

Les mariages mixtes (notamment ceux entre Marocains et Françaises) étaient peu encouragés par les autorités du Protectorat (section 1), d'autant plus qu'un tel problème, et ses conséquences juridiques n'ont pas été directement résolus par le législateur local. Ce rôle est dévolu à la jurisprudence (Section 2).

⁷²⁹ Voir l'annexe n°1.

⁷³⁰ LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, *op.cit.*, p. 63.

⁷³¹ DECROUX P., « Mariages mixtes au Maroc », *RMD*, Janvier 1956, n° 1, p. 3.

⁷³² LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, *op.cit.*, p. 63.

⁷³³ Cf. Chapitre préliminaire, section 2.

⁷³⁴ Jugement du tribunal civil de Fez du 17 novembre 1937, *RM*, n° 8, 1937-1938, p. 56.

Section 1- Les mariages mixtes : un législateur compréhensif, une administration crispée

Si juridiquement, les mariages mixtes sont tolérés par le Code civil, la perception de ces unions de point de vue sociologique et politique a fait l'objet d'un débat doctrinal intense. La doctrine française a eu des opinions contrastées concernant les unions mixtes, notamment celles contractées entre des Françaises et des indigènes⁷³⁵.

La plupart des auteurs découragent de telles unions et appellent à s'en méfier. R. Fonville écrit, en 1924 : « Ils ne devraient pas être encouragés, car pratiquement ils ne peuvent que porter atteinte à notre prestige dans les milieux indigènes... ; d'autre part ils sont de nature à causer à nos compatriotes trop confiantes les plus graves désillusions... ; on a vu les résultats qu'ont donnés les mariages mixtes. Jamais unions n'ont été, sauf de rares exceptions, plus navrantes, plus douloureuses »⁷³⁶.

Afin de protéger le conjoint européen, M. Champcommunal recommande la « soumission des rapports matrimoniaux à loi de la personne qui, sous ses garanties, a consenti à épouser une personne de race différente ». C'est un mécanisme juridique qui constitue un « palliatif au danger de ces sortes d'unions ...au pays d'origine de l'autre conjoint, malgré toutes les théories juridiques, la vie conjugale peut réserver de singulières désillusions »⁷³⁷.

Au Maroc, Legendre critique l'indulgence administrative face à ce genre d'unions et préconise un contrôle effectif des mariages mixtes, car « ce système présente un immense danger pour l'épouse, car elle ignore en général l'emprise des coutumes ancestrales sur son mari. Il semble donc qu'il n'y ait pas lieu de tolérer sans aucun contrôle ce genre d'unions »⁷³⁸.

L. Legendre élargit cette méfiance aux enfants issus des unions des Français avec des Marocaines : « Dans la vie pratique, l'obstacle essentiel à cette sorte d'union réside dans le problème des enfants. Français, *jure sanguinis*, ceux-ci sont au moins dans leurs jeunes âges

⁷³⁵ Cette divergence n'inclue pas les mariages contractés entre coreligionnaires.

⁷³⁶ FONVILLE R., *De la condition en France et dans les colonies françaises des indigènes des protectorats français*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1924, p. 101-102.

⁷³⁷ CHAMPCOMMUNAL M., « Le ménage à nationalités différentes » *Revue du Droit International Privé*, 1929, p. 11.

⁷³⁸ LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, *op. cit.*, p. 50.

sous l'influence prépondérante de leurs mères. Ils risquent, dès lors, de rester marocains de mœurs »⁷³⁹.

D'autres auteurs ont pu relever quelques avantages des ménages mixtes, qui peuvent avoir un effet sur le long terme. L.-C. Augesse cite dans sa thèse *Le problème de la nationalité en Tunisie*, les résultats d'une enquête menée en 1906 en Tunisie. Il se réjouit, en concluant à l'éventuelle francisation d'une cinquantaine de familles mixtes, notamment quand l'époux et les enfants, ou au moins ceux-ci sont convertis au catholicisme⁷⁴⁰.

De son côté, Meylan insiste sur l'effet civilisateur de ces unions « pour les autres mariages mixtes -les vrais- ce qu'il faut surtout avoir présent à l'esprit, c'est, au-dessus du résultat immédiat, le bénéfice propre qui peut en résulter pour la mission civilisatrice de la France »⁷⁴¹.

Malgré cette diversité des points de vue doctrinaux vis-à-vis des mariages mixtes, dans les faits, ces unions ont connu une nette augmentation grâce à la législation en vigueur (§1). Toutefois, l'administration du protectorat a cherché, vainement, à diminuer ce nombre, par des procédés rigoureux (§2).

§1- La faveur législative vis-à-vis des mariages mixtes

En France comme au Maroc, la législation en vigueur autorise les mariages mixtes (A). La Résidence générale, de son côté, a introduit au Maroc, par le biais du dahir du 4 septembre 1915⁷⁴², un service d'état civil, ce qui permet de déclarer les unions mixtes (B).

A. De la possibilité du mariage mixte

Les mariages mixtes sont tolérés sous certaines conditions par les droits locaux marocains (1), ainsi que par le droit positif français (2).

⁷³⁹ *Ibid.*, p. 65.

⁷⁴⁰ AUGESSE L-C, *Le problème de la nationalité en Tunisie : considérations juridiques sur le protectorat*, Paris, Recueil Sirey, 1930, p. 250.

⁷⁴¹ MEYLAN M., *Les mariages mixtes en Afrique du Nord : conclusion, effets sur la personne et les biens, dissolution*, *op. cit.*, p. 42.

⁷⁴² Codes et lois en vigueur dans le protectorat français au Maroc (supplément au tome premier 1914-1918), t II, Paris, Imprimerie Nationale, 1919, pp. 14-32.

1. Les droits locaux et les mariages mixtes

Comme nous l'avons déjà vu, au Maroc coexiste deux systèmes juridiques confessionnels : le droit musulman et le droit mosaïque. Les coreligionnaires de nationalités différentes peuvent se marier valablement. Toutefois, s'il est permis à l'homme musulman d'épouser une femme dont les croyances sont fondées sur les livres saints, c'est-à-dire des chrétiennes et des juives (*kittabia*), il n'en est pas du même pour les israélites, qui ne peuvent se marier qu'avec des personnes appartenant à leur même confession.

Le Coran interdit au musulman d'épouser des païennes ou des polythéistes. Il est écrit dans la Sourate II, Verset 221 : « N'épousez pas celles qui ajoutent des dieux à moins qu'elles ne deviennent croyantes. Une esclave croyante vaut mieux qu'une femme de cette sorte quelque envie que vous en ayez ».

Bien qu'autorisé par le Coran, le mariage entre un musulman et une femme (*kittabia*) n'a jamais été recommandable en Islam. Des juristes émérites comme Khalil et son commentateur Al-Kharshi prônent de ne pas s'approcher de telles unions afin de protéger la famille contre les éléments d'influence étrangère⁷⁴³. Pour étayer sa thèse, Khalil envisage l'hypothèse où la femme meurt étant enceinte, son enfant (musulman) sera enterré avec elle dans un cimetière des infidèles, « véritable fossé de l'enfer »⁷⁴⁴.

À partir de 1912, date de l'institution du protectorat français au Maroc, et l'arrivée d'Européennes sur le sol du protectorat, une atmosphère d'indulgence vis-à-vis des unions mixtes commence à s'installer. De jeunes Marocains sont de plus en plus attirés par des Européennes⁷⁴⁵. Plus de trente ans plus tard, le journal « la liberté », organe du Parti Démocrate marocain, dans son numéro du 31 mars 1954, regrette ce désintérêt du jeune marocain envers sa compatriote, aboutissant ainsi au fait qu'un grand nombre de jeunes filles marocaines demeurent sans maris⁷⁴⁶. L'auteur ne reproche pas au jeune Marocain son attirance par la femme européenne, au contraire il s'efforce d'en expliquer les raisons : « Le jeune Marocain évolué subit un net attrait vers la femme européenne. Il en apprécie l'ouverture du visage que le voile ne dissimule pas, l'élégance vestimentaire qui met en évidence le charme de son corps, la démarche libre, l'assurance du regard, la conversation aisée et aussi le niveau intellectuel qui lui permet de traiter sur un pied d'égalité avec

⁷⁴³ MILLIOT L. et BLANC F-P., *Introduction à l'étude du droit musulman*, op. cit., p. 278.

⁷⁴⁴ Cité par LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, op. cit., p. 71.

⁷⁴⁵ DECROUX P., « Mariages mixtes au Maroc », *RMD*, Janvier 1956, n° 1, p. 4.

⁷⁴⁶ *Ibid.*

l'homme de sujets qui intéressent ce dernier... »⁷⁴⁷. D'après lui, le seul remède consiste dans l'appel aux parents à inculquer une éducation moderne à leurs filles, en les transformant ainsi en « rivales supérieures à leurs sœurs européennes »⁷⁴⁸.

Concernant le mariage de la musulmane avec un chrétien ou un juif, le Coran n'interdit pas explicitement ce genre d'union. Il est proscrit par *Ijmaa* (consensus). La raison de ce consensus est, semble-t-il, sociologique. Comme en Islam l'homme est le chef de la famille, il peut logiquement, même en épousant une juive ou une chrétienne, imposer sa propre religion à ses enfants. À l'inverse, la femme aura plus de mal -d'après les commentateurs- à inculquer une éducation musulmane à ses enfants. Ces derniers suivront, généralement, la religion du père, et seront chrétiens ou juifs. Ce schéma est, pour eux, proscrit.

Dans les faits, l'interdiction du mariage de la musulmane avec un non musulman n'était pas respectée. Il arrive que l'officier de l'état civil célèbre le mariage d'un étranger non musulman avec une musulmane⁷⁴⁹, sans prendre en compte le statut personnel musulman qui interdit ce genre d'unions. Ainsi, pour la seule année de 1945, 27 mariages de cette sorte sont recensés⁷⁵⁰. Ces unions, même s'elles n'ont pas fait l'objet d'une célébration officielle, impliquent plus particulièrement, les femmes rurales, peu de citadines, et presque pas de bourgeoises⁷⁵¹. Ces femmes sont devenues des compagnes de colons, de fonctionnaires, de militaires... appartenant à une classe plutôt modeste, même si quelques médecins⁷⁵² et quelques officiers se sont mariés avec des Marocaines musulmanes⁷⁵³.

De leurs côtés, les coutumes berbères, plus au moins islamisées, admettent le mariage interreligieux d'un musulman avec une juive ou une chrétienne. Néanmoins, des exceptions existent, par exemple, en pays Beni Ouraïn, le mariage n'est possible qu'entre musulmans

⁷⁴⁷ Cité par *ibid.*

⁷⁴⁸ *Ibid.*

⁷⁴⁹ DECROUX P., *Le mariage et le divorce en droit international marocain*, Casablanca, Impr. réunies, 1945, p. 8.

⁷⁵⁰ Voir l'annexe n° 2.

⁷⁵¹ « Au Maroc, on constate, du moins dans les villes, l'éclosion sur le plan social, d'un rigorisme à l'égard de ces unions proscrites par la loi musulmane. On a vu au moment des troubles de Casablanca, en juillet 1955, un Européen et sa compagne, une jeune femme marocaine, assassinés et brûlés. Des mots d'ordre interdisent aux femmes marocaines d'avoir des relations avec des Européens » (DECROUX P., « Mariages mixtes au Maroc », *op. cit.*, p. 2).

⁷⁵² A l'exemple de Monsieur Faure Jean -médecin- Chef du service régionale d'hygiène et d'épidémiologie marié à Fatima Bent le 26 décembre 1946 à Fez : « Le docteur Faure et sa femme semble former un excellent ménage, et être un rare exemple de mariage mixte ayant complètement réussi. Madame Faure entièrement assimilée à la civilisation française, vêtue également à l'européenne, parle correctement notre langue...L'influence du mari sur sa femme...paraît avoir été complète et avoir transformée cette dernière en une européenne évoluée ». CADN, DI MA/200/421, fiche de renseignement sur les mariages mixtes.

⁷⁵³ DECROUX P., « Mariages mixtes au Maroc », *RMD*, Janvier 1956, n° 1, p. 1.

seulement. L'homme qui veut épouser une femme de religion différente (juive ou chrétienne) ne peut le faire que s'il l'amène à se convertir à l'Islam⁷⁵⁴. Dans le cas contraire, le mariage ne peut être conclu et la femme conservant sa religion n'est considérée que comme une concubine.

De même, la loi mosaïque ne reconnaît pas les unions où les deux parties ne sont pas israélites ou toutes deux converties au judaïsme. « L'origine de cette prescription se trouve dans l'Ancien Testament où l'intégralité du clan est reconnue comme indispensable à la préservation de la foi et au crédit religieux des familles »⁷⁵⁵. La femme non juive peut pousser son mari à renier sa religion. Salomon est parmi les exemples les plus célèbres. En se mariant avec des femmes étrangères, elles les entraînent à adorer leurs divinités. Partant, il sera touché par le malheur et son royaume disparaît⁷⁵⁶.

Si généralement au Maroc, l'unité de religion autorise le mariage mixte sans se préoccuper de la nationalité des conjoints, qu'en est-il en France ? Quelle est la position du droit positif français à propos des mariages mixtes ?

2. Le droit positif français et les mariages mixtes

En France, la différence de religion a longtemps été considérée comme un empêchement prohibitif au mariage. En effet, dès le IV^e siècle, les conciles proscrirent aux chrétiens d'épouser des infidèles. Le non-respect de cette prescription entraîne depuis le XII^e siècle la nullité du mariage conclu. De même, le mariage entre personnes de races différentes a été interdit à certains moments de l'histoire. Par exemple, le code noir de 1724⁷⁵⁷ prohibe les mariages entre individus de couleurs différentes, non seulement aux colonies, mais sur le territoire même de la Métropole⁷⁵⁸. En 1778, les mariages mixtes sont officiellement interdits en France⁷⁵⁹.

⁷⁵⁴ Lieutenant TURBET, « Le droit coutumier des Beni-Ouraïn Cheraga », *RA*, 1932, I, p. 116.

⁷⁵⁵ RENUCCI F., « Confrontation entre droit français et droit indigène, le cas des mariages mixtes en Afrique du Nord (1870-1819) », *CAHDOMF*, n° 1, 2002, p. 154.

⁷⁵⁶ *Ibid.*

⁷⁵⁷ Le titre « Code noir » a été donné à l'Ordonnance royale ou Édit royal de mars 1685 qui concerne la police des îles de l'Amérique française, puis aux édits similaires de 1723 sur les Mascareignes et de 1724 sur la Louisiane, et enfin, à partir du milieu du XVIII^e siècle, aux recueils de textes juridiques relatifs aux territoires français d'Outre-mer.

⁷⁵⁸ MEYLAN M., *Les mariages mixtes en Afrique du Nord : conclusion, effets sur la personne et les biens, dissolution*, *op. cit.*, p. 46

⁷⁵⁹ VARRO G., « Les "couples mixtes" à travers le temps : vers une épistémologie de la mixité », *Enfances, Familles, Générations*, n° 17, 2012, p. 28.

Il faut attendre le Code civil de 1804, pour que les Français majeurs aient une plus grande liberté de se marier avec qui ils le souhaitent -du moins en théorie-. Le Code civil ne compte pas la disparité de religion ou de race parmi les empêchements au mariage. Les mariages mixtes sont ainsi légaux selon la loi française.

En dehors de l'âge et de l'absence de lien de parenté, les conditions de célébration du mariage se limitent à la production d'un acte de naissance. La loi du 11 juillet 1929 modifie l'article 71 du Code civil et rajoute que « celui des futurs époux qui serait dans l'impossibilité de le procurer pourrait le suppléer en rapportant un acte de notoriété ». Cet ajout a particulièrement encouragé la conclusion d'unions entre Marocains et Français. De surcroît, dès 1915, un service d'état civil est institué au Maroc où les autochtones peuvent faire enregistrer leurs unions mixtes.

B. L'établissement au Maroc d'un état civil permettant d'enregistrer les mariages mixtes

Dès l'instauration du protectorat français au Maroc, c'est un état civil comparable à celui qui existe en France qui est organisé par le dahir du 4 septembre 1915⁷⁶⁰, ouvert aux Marocains, mais uniquement pour les naissances et les décès.

Cependant, des « instructions » sur l'état civil émanant du secrétariat général du protectorat, admettent que les mariages mixtes conclus entre Marocains et étrangers soient enregistrés au service de l'état civil. La seule condition est que le futur époux rapporte la preuve qu'il n'est pas engagé dans les liens d'une précédente union⁷⁶¹. Si Meylan considère ce texte comme brutal, puisque l'état civil est accessible aux Marocains uniquement pour les naissances et les décès, et pas pour les mariages⁷⁶², L. Franchassin justifie cette mesure : « au Maroc, le mariage est un acte purement religieux, les Marocains ne peuvent pas user pour se marier de la forme civile édictée par le dahir du 4 septembre 1915, puisque rendre obligatoire le mariage laïque ou même l'admettre facultativement serait considéré par les indigènes comme une atteinte à leurs coutumes religieuses souveraines en matière de mariage aussi bien que dans les contestations qui peuvent surgir à cette occasion »⁷⁶³. Il faut

⁷⁶⁰ Codes et lois en vigueur dans le protectorat français au Maroc (supplément au tome premier 1914-1918), t II, Paris, Imprimerie Nationale, 1919, pp. 14-32.

⁷⁶¹ FRANCHASSIN L., *Des conflits de lois en matière de mariage au Maroc*, Thèse, Droit, Toulouse, 1936, p. 129.

⁷⁶² MEYLAN M., *Les mariages mixtes en Afrique du Nord : conclusion, effets sur la personne et les biens, dissolution*, op. cit., 1934, p. 72.

⁷⁶³ FRANCHASSIN L., *Des conflits de lois en matière de mariage au Maroc*, op. cit., p. 117.

rajouter à cela le fait que la France n'a pas voulu, probablement, introduire le mariage civil, comme en Algérie, en raison de l'échec relatif de ce système dans cette colonie⁷⁶⁴.

Par l'enregistrement des mariages mixtes à l'état civil, le colonisateur veille à contrôler ces unions, et par-là à protéger les Européens voulant se marier avec des indigènes⁷⁶⁵. En parallèle, l'administration a tenté, par différents moyens, de diminuer le nombre de ces ménages.

§2-La pratique administrative : de l'extrême défiance à une plus grande tolérance vis-à-vis des mariages mixtes

Se méfiant des conséquences parfois indésirables des unions mixtes, l'administration du Protectorat était, dans un premier temps, réticente à ce genre d'unions. Elle refusait systématiquement de délivrer les pièces d'état civil exigées pour la célébration, ou exercer par des procédés multiples une pression morale sur la femme en instance de mariage (A). Avec le temps, ces méthodes administratives en vigueur seront remplacées par d'autres mesures plus indulgentes vis-à-vis des mariages mixtes (B).

A. Les réserves administratives

Afin de satisfaire les besoins de la construction et de la reconstruction de la Métropole, le protectorat a encouragé l'immigration de la main-d'œuvre marocaine. À cela, il faudra rajouter l'importation au cours de deux guerres mondiales des milliers de soldats afin de participer à la défense ou à la libération de la France⁷⁶⁶.

Cependant, après l'arrivée de ces Marocains en Métropole, qu'ils soient ouvriers ou militaires, le nombre des ménages mixtes s'est accru. Sociologiquement, alors que les mariages mixtes (notamment les mariages franco-marocains) touchaient principalement les classes sociales moyennes voir aisées, ils se mettent également à concerner les classes populaires. Ainsi, un grand nombre de Marocains, éparpillés dans les régions industrielles

⁷⁶⁴ Contrairement au Maroc, l'état civil en Algérie inclut également les mariages. Toutefois les sanctions prévues à la loi du 23 mars 1882 étaient trop insuffisantes pour que le système soit respecté. Cf. RENUCCI F., *Le statut personnel des indigènes : comparaison entre les politiques juridiques française et italienne en Algérie et en Libye (1919-1943)*, *op. cit.*, p. 175 et s.

⁷⁶⁵ « Cette protection était renforcée, mais non créée de toutes pièces. De fait, avant que le Maroc ne soit un protectorat, les français pouvaient s'adresser aux services de l'état civil consulaire de leur pays pour s'y marier » (RENUCCI F., « Confrontation entre droit français et droit indigène, le cas des mariages mixtes en Afrique du Nord (1870-1819) », *op. cit.*, p. 158).

⁷⁶⁶ GERMOUNI M., *Le protectorat français au Maroc : Un nouveau regard*, Paris, Harmattan, 2015, p. 22.

et notamment dans la banlieue parisienne, se marient avec des Françaises. Des militaires ayant participé aux deux guerres mondiales ont également fondé des foyers en France.

De surcroît, l'ajout de la loi du 11 juillet 1929 à l'article 71 du Code civil permet aux Marocains résidant en France de produire un simple acte de notoriété pour se marier avec des étrangers. Toutefois, dans les faits, les Marocains voulant épouser des Françaises éprouvaient des difficultés à obtenir leur acte de notoriété au Maroc. L'administration du Protectorat était hostile à ces unions mixtes. La raison en était la protection de la femme française : « Les résultats rarement brillants de ces ménages motivent en grande partie la prise de position assez défavorable de l'administration... Elle craignait par exemple d'avoir à subvenir aux besoins de la femme française abandonnée ou de devoir la rapatrier aux frais de l'État sur son pays d'origine »⁷⁶⁷. Une autre raison était évoquée : les unions entre Françaises et Marocains (notamment les nationalistes) accentueraient la perte de prestige de la France. Ces femmes pourraient éventuellement collaborer contre leur propre patrie⁷⁶⁸.

Les rapports administratifs, retrouvés au centre des archives diplomatiques de Nantes, ne débutent qu'à partir des années 1940. En dépouillant ces archives, nous avons constaté que de 1940 à 1947 la position des services du protectorat est constante, elle visait à retarder ou à annuler les projets de mariages mixtes.

1. Des usages visant à éviter les mariages mixtes : la période de Vichy

À partir de 1940, la situation politique et administrative délicate que vivait la métropole influençait la position de l'administration du protectorat à l'égard des mariages mixtes⁷⁶⁹. Son hostilité apparaît aussi bien au moment de la conclusion du mariage en France qu'au moment du retour de la famille mixte au Maroc.

En effet, l'administration refusait de délivrer les documents nécessaires pour contracter ces unions. À titre d'exemple, dans une lettre adressée au ministre d'État aux

⁷⁶⁷ LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, op. cit., p. 66.

⁷⁶⁸ « La fille de l'architecte de la ville d'Oujda Mademoiselle Hugues entretient des rapports très intimes avec des intellectuels indigènes nationalistes, en particulier avec un professeur indigène du lycée dont elle est la maîtresse. Les parents de la jeune fille la laissent sans aucune surveillance et entièrement libre du choix de ses relations de sorte que leur salon serait devenu un véritable lieu de réunions nationalistes ». CADN, DI, 1MA/200/341, Renseignement du commandement supérieur des troupes du Maroc, Rabat, le 7 février 1946.

⁷⁶⁹ L'administration du Protectorat s'opposait aux mariages mixtes formés en France aussi bien entre Marocains et Européennes qu'entre Européens et Marocaines : « Il n'y aura que des avantages à s'opposer à l'union de marocaines- résidant en France- avec les Français, au même titre que nous refusons en principe de délivrer les documents nécessaires à la célébration de mariages mixtes entre européennes et marocains » DI 1MA/200/421 Lettre de la section administrative de la direction des affaires politiques adressé au directeur de la même direction, Rabat, le 17 juin 1942.

Affaires étrangères sous le Régime de Vichy en date du 8 octobre 1942, le Résident général Noguès s'oppose à l'envoi des pièces d'état civil d'un militaire marocain se trouvant en France et qui désire se marier avec une Française en invoquant « qu'en raison des inconvénients majeurs de point de vue social et politique qui s'attachent à la célébration d'unions entre Marocains et Européennes, il m'apparaît inopportun de faciliter de pareils mariages....La résidence ne pouvait que s'opposer à l'avenir à la délivrance de documents propres à faciliter la célébration d'unions mixtes »⁷⁷⁰.

Ce refus de délivrance de documents d'état civil, en vue d'une union mixte s'étend également aux Marocains israélites. Le même Résident général déclare dans une lettre envoyée au Préfet du Rhône, concernant une demande d'un acte d'état libre pour le mariage d'un juif marocain avec une Française: « J'ai l'honneur de vous faire connaître que le point de vue de cette Résidence générale, exposée à plusieurs reprises et récemment encore, au Gouvernement français, est opposé à ce que des facilités soient accordées aux mariages mixtes contractés entre Françaises et Marocains, musulmans ou israélites en raison des graves inconvénients politiques et sociaux qui en résultent et qui atteignent la femme et les enfants issus de ces unions »⁷⁷¹. De surcroît, en ayant une vision typiquement antisémite liée à l'environnement général du régime de Vichy, Noguès cite parmi les inconvénients politiques du mariage mixte entre une Française et un israélite marocain le fait « de répandre en milieu français l'ascendance juive ».

Afin de contourner ces obstacles, des Marocains résidant en France réclament, au Maroc, par le biais des préfectures, un acte de notoriété tenant lieu d'acte de naissance sans indiquer à quelle fin est destiné le document en cause. Ils s'en servent, par la suite, pour contracter mariage avec des Européennes. Pour y remédier, l'administration demande aux contrôleurs civils de différentes régions marocaines d'écrire en rouge la mention : « Document valable pour tout acte administratif sauf pour la célébration d'un mariage »⁷⁷².

La situation politique délicate, les difficultés d'embauche et la hausse du coût de la vie ont poussé les Marocains, qui se sont mariés avec des Françaises ou des Européennes avant 1940, ou qui ont réussi à contourner l'interdiction administrative, à retourner au Maroc en compagnie de leurs femmes françaises et de leurs enfants. Cependant, la résidence

⁷⁷⁰ CADN, DI, MA/200/421, lettre du Résident général Noguès adressée au ministre d'État aux affaires étrangères sous le Régime de Vichy, Rabat, le 8 octobre 1942.

⁷⁷¹ CADN, DI, MA/200/421, lettre du Résident général au préfet du Rhône, Rabat, le 15 mai 1942.

⁷⁷² CADN, DI MA/200/421, du directeur des affaires politiques aux contrôleurs civils, Rabat, le 26 septembre 1942.

générale s'efforçait d'empêcher la venue sur le territoire du Protectorat, des familles françaises de Marocains, en s'opposant aux demandes de visa formulées par les épouses de Marocains voulant rejoindre leurs maris dans leur pays. Le 10 avril 1941, une lettre du Résident général au ministre des Affaires étrangères, relative au rapatriement des ménages mixtes des travailleurs marocains, interdit la délivrance des documents nécessaires en vue du voyage de l'épouse pour le Maroc. L'office du Maroc, en se référant à cette correspondance, refuse aux épouses françaises d'accompagner leurs maris⁷⁷³.

Par la suite, le 27 août 1941, une circulaire du ministre secrétaire d'État à l'intérieur aux Préfets de la zone libre et de la zone occupée et aux sous-préfets délégués à Vichy, ordonne l'interdiction de délivrance de visas aux enfants et aux femmes des travailleurs marocains désirant rejoindre le chef de famille au Maroc. Elle précise que les femmes musulmanes ou israélites nées en Afrique du Nord peuvent être assimilées aux Marocaines et rapatriées sans formalités préalables⁷⁷⁴. La raison de cette attitude est d'éviter la déchéance physique et morale de femmes et d'enfants français que leur époux ou père emmèneraient vivre en tribu.

En 1943, la résidence générale va jusqu'à étudier un texte de loi interdisant à toute Française d'épouser un homme au statut personnel autorisant la polygamie. Le projet n'aboutit pas, mais l'extrême réserve à l'égard des mariages mixtes demeure⁷⁷⁵.

2. La défiance persistante à l'égard des mariages mixtes : 1945-1947

Malgré la nouvelle conjoncture politique, la pratique administrative ne change guère, la méfiance de l'administration subsiste à l'égard des mariages mixtes, même si les motifs ont pu évoluer. Une circulaire du 23 août 1945 relative au mariage en France de Françaises avec des Marocains exige une fiche de renseignement pour contracter un mariage mixte. Désormais, trois documents sont nécessaires pour se marier en France : un acte de notoriété tenant lieu d'acte de naissance, un acte d'état libre et enfin une fiche de renseignement. En exécution des prescriptions de la note du 5 octobre 1945, la fiche de renseignement doit comporter le nom, fils de et de, date de naissance, lieu de naissance, lieu de résidence actuelle, renseignements politiques, renseignements d'ordre économique et des

⁷⁷³ CADN, DI MA/200/421, du directeur de l'office du Maroc à Monsieur le directeur des affaires politiques, Marseille, le 7 juillet 1941.

⁷⁷⁴ CADN, DI MA/200/421, circulaire du ministre secrétaire d'État à l'intérieur aux Préfets de la zone libre et de la zone occupée et aux sous-préfets délégués, Vichy, le 27 août 1941.

⁷⁷⁵ LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, op. cit., p. 65.

renseignements d'ordre social. L'objectif étant de « protéger la femme française contre les conséquences d'un mariage contracté avec un marocain, en raison du statut personnel et des mœurs musulmanes et des conditions d'existence qui sont faites à la femme mariée à un indigène lorsque l'épouse vient habiter le Maroc, conditions qu'elle ne connaît généralement pas »⁷⁷⁶. Toutefois, « Ces préoccupations ne se justifient pas dans le cas de mariage d'une Marocaine avec un Français »⁷⁷⁷. Dans ce dernier cas, l'administration était moins rigoureuse. Toutefois, cela n'empêche pas que l'exigence d'une fiche de renseignement subsiste.

Cependant, lorsque l'époux désire rentrer au Maroc avec sa femme française, la situation se complique. En 1945, des incidents surviennent à Oujda. En effet, en rentrant de France et lors de la traversée des frontières entre l'Algérie et le Maroc, des militaires ont vu leurs femmes et leurs enfants refoulés en Algérie par les services de sécurité⁷⁷⁸. Par la suite, la résidence générale fait inviter les différents départements ministériels métropolitains à n'autoriser aucun départ de ménage mixte sans avoir obtenu son agrément préalable. Appuyé sur l'avis souvent défavorable, donné par les autorités du lieu de naissance du conjoint marocain⁷⁷⁹, ce consentement n'est presque jamais accordé.

La venue au Maroc des épouses françaises et des enfants est généralement refusée. Mais en pratique l'interdiction est contournée. En effet, plusieurs femmes ont réussi à rejoindre leurs maris en voyageant sous leurs noms de jeunes filles. Elles doivent demander l'autorisation de résidence au Maroc afin de ne pas être poursuivies pour « Infraction au dahir sur l'immigration ».

Toutefois, il faudra noter que devant le fait accompli et l'arrivée effective de l'épouse française au Maroc, l'administration coloniale et plus spécifiquement les services régionaux n'ont d'autres choix que d'aider la femme française à retrouver des conditions de vie comparables à celles existantes en France. C'est le cas de Lahcen Ben Mokhtar, ancien militaire, qu'on a aidé à trouver un emploi dans un centre éloigné de sa tribu où son épouse

⁷⁷⁶ CADN, DI MA/200/421, du secrétaire général du protectorat à monsieur le directeur des affaires politiques, Rabat, le 10 janvier 1946.

⁷⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁷⁸ LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, op. cit., p. 67.

⁷⁷⁹ À titre d'exemple, le contrôleur civil de la région de Rabat demande dans une lettre confidentielle à Monsieur le directeur des affaires politique qu'il vaudrait mieux empêcher l'épouse française de venir au Maroc. L'objet de la correspondance étant le cas spécial d'un militaire, qui, selon les autorités locales, s'est engagé dans la résistance après son retour au Maroc. DI MA/200/421, du contrôleur civil de la région de Rabat à Monsieur le directeur des affaires politique, Rabat le 18 mai 1946.

pourrait trouver « les conditions d'existence plus en rapport avec sa qualité de Française »⁷⁸⁰. Cependant, dès 1947, à la défiance de l'administration succède une ambiance de plus grande tolérance.

B. L'indulgence administrative : 1947-1956

L'administration est mise devant le fait accompli : les mariages mixtes se multiplient et ne peuvent être évités. Dès lors, dès 1947, une procédure administrative nouvelle est élaborée en France, par le ministère des Affaires étrangères et le service social marocain de l'Office du Maroc. Cette procédure tient compte des nécessités d'ordre social en permettant la conclusion légale d'unions « qui ne risquent pas de troubler l'ordre public et évitent aux enfants de vivre avec la qualité d'enfants naturels »⁷⁸¹. Les dispositions de cette procédure consistent essentiellement en une double enquête effectuée au Maroc sur le Marocain désireux de contracter mariage, dans le but notamment d'établir s'il est déjà marié et en France, sur la réputation et le genre de vie des intéressés. « Dans chaque cas le maire de la commune où réside la future épouse reçoit de l'office du Maroc une lettre confidentielle l'invitant à convoquer la femme désirant se marier avec un Marocain et lui exposer personnellement les incidences du mariage projeté, en ce qui concerne : les risques de polygamie, la possibilité de répudiation unilatérale, les complications tenant au régime successoral et les difficultés d'adaptation pour une femme française au genre de vie menée par les Marocains au Maroc »⁷⁸².

L'intéressé vient à l'Office du Maroc et demande la constitution de son dossier de mariage qui comprend un acte de naissance ou de notoriété sur papier timbré, une attestation administrative établissant son état de célibat, l'avis sur l'intéressé des autorités locales après enquête. Les signatures des autorités locales sont légalisées. La demande est adressée au Secrétariat général du Protectorat qui la fait parvenir par le canal hiérarchique aux autorités locales qui la retransmettent à l'office du Maroc par le même canal. Le dossier est alors adressé à la mairie. Le maire convoque la future épouse et lui expose les incidents du mariage envisagé et enfin, si la femme insiste pour réaliser son projet, il célèbre le mariage.

⁷⁸⁰ CADN, DI, MA/ 200/421, Lettre confidentielle de la région de Casablanca à Monsieur le directeur des affaires politiques, Casablanca le 13 juin 1945.

⁷⁸¹ CADN, DI MA/200/421, note sur les mariages mixtes, 16 octobre 1947, folio 2.

⁷⁸² *Ibid.*

Ceci n'empêche que par trois circulaires d'avril 1947, de novembre 1947, et de mai 1948, l'administration du protectorat change de position. Dans ces règlements, il est rappelé aux chefs de région qu'ils doivent établir avec célérité les actes de notoriété ainsi que l'ensemble des pièces d'état civil réclamées en vue de mariages mixtes⁷⁸³. Ainsi, l'esprit de ces actes administratifs est bien loin des procédés dilatoires qu'adoptaient certains services dans le but de lutter contre l'accroissement de telles unions⁷⁸⁴.

Le décret du 26 septembre 1953 supprime, en outre, l'obligation de produire un certificat de célibat pour les Marocains désirant contracter une union mixte en France et on la remplace par une déclaration sur l'honneur⁷⁸⁵. Ce changement facilite ces unions et les accroît. Le directeur de l'intérieur critique ce système : « Dans l'état présent de l'état civil marocain, la seule garantie pour une fiancée non marocaine de ne pas épouser un homme déjà marié réside dans le certificat de célibat »⁷⁸⁶. Pour lui, ce certificat ne peut être supprimé que « lorsque le mariage, le divorce et la répudiation de tout marocain feront obligatoirement l'objet d'une mention en marge de son acte de naissance sur les registres de l'état civil »⁷⁸⁷.

De même, on commence à autoriser les femmes à se rendre chez leurs maris au Maroc. Dès que l'épouse produit une pièce attestant son mariage, la direction de la sécurité ne peut lui refuser l'entrée au Maroc⁷⁸⁸.

En contrepartie de son indulgence administrative, la résidence continue de contrôler ces ménages. Une note administrative du 4 mars 1953 demande aux commissariats de police des renseignements concernant des couples mixtes qui sont retournés au Maroc. À titre d'exemple, le commissariat de Mazagan établit, le 21 juillet 1953, une note de renseignements concernant le retour au Maroc de Abdallah Laroui, Marocain accompagné de son épouse Yvonne Casari.

Si les procédés administratifs rigoureux n'ont pas pu empêcher les mariages mixtes de se développer, le législateur marocain est resté silencieux sur cette situation et les conséquences juridiques qu'elle emporte. Le dahir de 1913 ne contient aucune disposition

⁷⁸³ LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, op. cit., p. 67-68.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ CADN, DI MA/200/421, une note du directeur de l'Intérieur « du certificat de célibat à produire par les marocains désireux de contracter un mariage mixte », Rabat le 10 novembre 1955.

⁷⁸⁶ *Op. cit.*,

⁷⁸⁷ *Ibid.*,

⁷⁸⁸ CADN, DI MA/200/421, de la direction de l'intérieure section politique, à M. Le général chef de la région d'Agadir, Rabat, le 17 juin 1950.

concernant les mariages des sujets marocains avec les Français et les étrangers. Néanmoins, la jurisprudence a eu maintes fois à s'interroger sur la question.

Section 2. Les conflits de lois en matière de mariages mixtes

Au Maroc, le mariage n'a aucun effet sur la nationalité des époux. La femme européenne qui se marie avec un Marocain conserve sa propre nationalité et à l'intérieur du même ménage s'applique deux systèmes juridiques, parfois contradictoires.

Sur le territoire chérifien, la législation ne s'est pas intéressée à la question des mariages mixtes entre Marocains et étranger. Le dahir sur la Condition Civile des Français et des étrangers (DCC) s'applique uniquement en cas de conflits de lois concernant des mariages entre des Français et des étrangers, mais la jurisprudence des tribunaux français au Maroc applique les solutions qui en découlent en cas de mariages mixtes impliquant des indigènes.

Dans le domaine du mariage mixte (§1), comme celui de sa dissolution (§2), les conflits de lois, entre la loi locale et la loi étrangère, se sont révélés au Maroc particulièrement nombreux et délicats à résoudre.

§1- La formation du mariage mixte et ses effets

C'est le D.C.C qui règle la question du mariage et des régimes matrimoniaux. Aussi, la jurisprudence a eu maintes fois à se prononcer sur ces problématiques. Les litiges concernent aussi bien les conditions de validité ou de formation de mariage (A), que ses effets sur les personnes et sur les biens (B).

A. La formation du mariage mixte : application de la règle de personnalité des lois

S'agissant des conditions du mariage et de sa forme, l'article 3 du DCC, se prononce pour le principe de la personnalité des lois : « l'état et la capacité des Français et des étrangers sont régis par leur loi nationale ». Ainsi, en cas d'union célébrée entre un Européen et un Marocain, chaque époux conserve sa loi personnelle. Les conditions du mariage doivent donc être appréciées eu égard de la loi personnelle de chaque contractant. Aussi bien les conditions de fond (1), que les conditions de forme (2).

1. Les conditions de fond du mariage mixte

Comme les articles 3 et 8⁷⁸⁹ du dahir de 1913 exigent que le mariage soit formé selon la loi nationale des futurs époux, les conditions de fond comme celles de forme d'un mariage mixte doivent être envisagées au regard de la loi nationale de chacun des conjoints.

Ainsi, pour qu'un mariage mixte soit valable, il doit réunir deux conjoints ayant la capacité de contracter cet acte. La capacité de chaque contractant s'apprécie au regard de sa loi personnelle. C'est cette dernière qui déterminera par exemple l'âge requis, les consentements nécessaires, etc. Ceci est une application d'une règle de droit international privé, qui dispose que la capacité de chacun des contractants devra être appréciée par rapport à sa loi nationale.

Néanmoins, s'agissant d'empêchements au mariage, chaque empêchement doit être apprécié eu égard de la loi personnelle de l'autre. Ainsi, une femme française ne peut épouser un Marocain déjà engagé dans une précédente union, bien que son statut l'autorise à avoir jusqu'à quatre épouses. Aussi, une femme musulmane ne peut pas régulièrement épouser au Maroc, un Européen d'une autre religion, ni un israélite. Néanmoins, dans quelques rares cas d'espèce, les tribunaux français du Maroc avaient validé des mariages civils conclus entre une femme marocaine musulmane et un étranger non musulman. Par exemple, le tribunal de première instance de Fez, dans un jugement du 27 mai 1942, avait rejeté la demande en nullité du mariage fondée sur la disparité de religion⁷⁹⁰. Le tribunal a invoqué, en l'occurrence, l'ordre public français.

Éviter cet empêchement lié à la disparité de religion est possible selon P. Decroux. Il suffit que « la femme marocaine musulmane, qui veut épouser un non-croyant, puisse abandonner sa religion d'origine et adopter par exemple la religion chrétienne (ou même simplement se déclarer athée)... Par suite, cette femme ne se trouve plus désormais soumise au statut musulman. Elle est désormais régie par les règles du Code civil français et sa nouvelle loi de statut personnel qui ignore toute prohibition d'ordre religieux, ne fait pas obstacle à l'union projetée »⁷⁹¹. Les Marocains qui ne sont pas des musulmans ou des

⁷⁸⁹ L'article 8 du D.C.C. dispose que « Le droit de contracter mariage est réglé par la loi nationale de chacun des futurs époux ».

⁷⁹⁰ TPI de Fez, 27 mai 1942, *GTM*, 1943, p. 5.

⁷⁹¹ DECROUX P., « Mariages mixtes au Maroc », *op. cit.*, p. 8.

israélites sont assimilables à des étrangers sans nationalité et sont régis par le Code civil français conformément à l'article 5 du DCC⁷⁹².

Pour résoudre les conflits liés aux conditions du fond d'un mariage mixte, la jurisprudence n'hésite pas à prendre en compte la loi nationale de chacune des parties qui exige qu'en cas de mariage entre époux de nationalités différentes, la loi nationale de chacun des époux soit prise en compte. C'est ce qui a été décidé par la Cour d'Appel de Rabat dans un arrêt du 12 janvier 1944 : « En présence d'un couple mixte, le conflit des lois personnelles doit être réglé par un cumul d'applications aboutissant à faire à chaque loi sa part »⁷⁹³. Ce principe est confirmé par la jurisprudence ultérieure⁷⁹⁴. Il faudra respecter la loi nationale de chacun des époux, et ce même au point de vue formel.

2. Les formes de mariages en cas d'union mixte

Pour contracter un mariage valide et régulier, la loi prescrit une certaine formalité. Ainsi, l'article 11 du DCC précise que « les Français et les étrangers ne peuvent se marier que suivant les formes admises par leur loi nationale ou suivant celles qui seront déterminées ultérieurement par l'état civil dans le protectorat français ». La forme locale exigée par le dahir du 4 septembre 1915 est la forme civile. Ce *dahir* a organisé un service d'état civil assimilable à celui qui existe en Métropole où on peut célébrer les mariages mixtes.

Ainsi, quand un Marocain désire contracter mariage avec un étranger, deux formes sont possibles : la forme civile du dahir de 1915 ou la forme religieuse qui lui est normalement applicable. Quelle forme de mariage est donc valable ?

Si les mariés ont accompli successivement les formalités civiles et la cérémonie religieuse, le problème ne se pose pas. Si, en revanche, le mariage n'a été célébré qu'en la forme religieuse⁷⁹⁵, et en se fondant sur l'article 11 du DCC, il y a lieu de distinguer selon que la loi du conjoint étranger admet ou non la forme religieuse. Lorsque cette loi autorise cette forme confessionnelle, le mariage est légal. La Cour d'appel de Rabat admet la validité d'un mariage conclu entre une femme israélite grecque et un israélite marocain devant le

⁷⁹² *Ibid.*

⁷⁹³ Cour d'Appel de Rabat, 12 janvier 1944, *Recueil de la Cour d'Appel de Rabat*, 1944, p. 363. Cité par *ibid.*, p. 10.

⁷⁹⁴ « La dualité légale du lien conjugal exige pour sa validité que soit respectée la loi nationale de chacun des époux » Cour d'Appel de Rabat, 13 avril 1955, *RMD*, 1955, p. 315.

⁷⁹⁵ « En matière de mariages mixtes, les unions contractées selon le mode religieux sont, en fait, très fréquentes, plus fréquentes que celles célébrées suivant la forme laïque. Par ailleurs, c'est le seul mariage religieux, qui aux yeux du conjoint marocain aura autorité suffisante pour rendre son union légitime » (FRANCHASSIN L., *Des conflits de lois en matière de mariage au Maroc*, *op. cit.*, p. 124).

Rabbin⁷⁹⁶. En l'occurrence, la forme religieuse est admise aussi bien par le statut personnel grec que par le statut personnel israélite.

Toutefois, le problème se pose quand la loi nationale du conjoint étranger, loi française, par exemple, prescrit la forme civile. L'article 170 du Code civil⁷⁹⁷ ne trouve ici qu'un champ d'application restreint et bien qu'il décide, en principe, qu'en pays étranger, donc au Maroc, le mariage célébré religieusement est valable si la forme religieuse est admise dans ce pays, les dahirs de 1913 et de 1915 exigent la forme civile⁷⁹⁸.

Si en Tunisie, la jurisprudence accepte la célébration en la forme religieuse du mariage en cas d'union mixte⁷⁹⁹, il n'en va pas de même au Maroc. La jurisprudence locale est divisée sur la question de la validité du mariage religieux. La Cour d'appel de Rabat avait une position favorable à cette forme du mariage alors que le tribunal de Casablanca s'y oppose dans un cas d'espèce, concernant un mariage, entre deux Français, célébré sous la forme catholique. Le tribunal de première instance de Casablanca annule le mariage dans un jugement du 10 janvier 1917. Le tribunal se base sur l'article 11 du dahir de 1913, qui ne tolère le mariage religieux que si la loi de chacun des époux le tolère. Le droit français en l'occurrence n'admet que le mariage civil. La Cour d'Appel de Rabat infirme ce jugement le 30 avril 1917⁸⁰⁰. La divergence entre ces deux juridictions à propos du mariage, célébré sous la forme catholique, a été constatée également dans le cadre du mariage musulman (a) et du mariage israélite (b).

a. Les mariages célébrés sous la forme musulmane

Pour qu'une union entre Marocains, musulmans et français soit valable, il faudra que les époux procèdent consécutivement à la célébration de leur mariage devant l'officier d'état civil et devant l'*adoul*. Toutefois, ce double cérémonial n'est pas toujours respecté, et parfois

⁷⁹⁶Cour d'Appel de Rabat, 26 mai 1928, *Recueil de la Cour d'Appel de Rabat*, 1927-1928, p. 397. Cité par DECROUX P., *Le mariage et le divorce en droit international marocain*, op. cit., p. 17.

⁷⁹⁷ Article 170 du Code civil : « Le mariage contracté en pays étranger entre français et entre français et étranger sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu'il ait été précédé de la publication prescrite par l'article 63, au titre des actes de l'état civil, et que le français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. Il en sera de même du mariage contracté en pays étranger entre un Français et une étrangère, s'il a été célébré par les agents diplomatiques, ou par les consuls de France, conformément aux lois françaises. Toutefois, les agents diplomatiques ou les consuls ne pourront procéder à la célébration du mariage entre un français et une étrangère que dans les pays qui seront désignés par décrets du Président de la République ».

⁷⁹⁸FRANCHASSIN L., *Des conflits de lois en matière de mariage au Maroc*, op. cit., p. 124.

⁷⁹⁹ En Tunisie, il existe comme au Maroc un état civil local, mais l'absence d'un texte comparable à l'article 11 du dahir sur la condition civile fait que le mariage dans des formes religieuses des Français est valable.

⁸⁰⁰ TPI de Casablanca, 10 janvier 1917 et la Cour d'Appel de Rabat, 30 avril 1917, *Recueil Penant*, 1918, II, p. 49.

le mariage n'est célébré que selon la seule forme religieuse. Dans un jugement inédit pour les mariages célébrés « more islamico », le tribunal de Rabat, le 19 avril 1933 a reconnu valide et régulier le mariage d'un citoyen français musulman (fils d'un Algérien admis à la jouissance des droits de citoyen) et d'une musulmane marocaine en la forme musulmane⁸⁰¹. Il a donc fondé sa décision sur une approche religio-culturaliste.

La jurisprudence française au Maroc n'a pas eu souvent à se prononcer sur la validité des mariages célébrés seulement sous la forme musulmane entre Européens et Marocains, mais plusieurs conflits concernant le mariage célébré sous la forme israélite lui sont présentés.

b. Le mariage célébré sous la forme rabbinique

En droit hébraïque, seule la forme religieuse rend le mariage légitime. Il arrive que des mariages mixtes entre Marocains et Européens soient célébrés sans passer par le service de l'état civil. Ces unions sont-elles valides ?

La réponse est donnée par l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1937 (affaire Lezam Isaac contre dame Elbaz Clara), qui décide que désormais les Français ne peuvent se marier au Maroc que devant l'officier d'état civil⁸⁰². Cet arrêt vient après une longue période d'incertitude juridique. Une affaire présentée devant le tribunal de première instance de Casablanca concernant la validité d'un mariage célébré sous la forme israélite entre une Marocaine et un Français. Le 29 juin 1931, le TPI de Casablanca déclare le mariage nul et ayant les effets d'un mariage putatif⁸⁰³.

Les parties interjettent appel et Cour d'Appel de Rabat du 19 mai 1932⁸⁰⁴ infirme le jugement du tribunal de Casablanca. Pour justifier sa décision, elle explique : « Attendu, que si le dahir sur la condition civile des Français et des étrangers renvoie à la loi nationale interne et restreint le champ d'application de l'article 170 du Code civil, on se trouve en

⁸⁰¹TPI de Rabat, 19 avril 1933, cité par MEYLAN M., *Les mariages mixtes en Afrique du Nord : conclusion, effets sur la personne et les biens, dissolution*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934, p. 92.

⁸⁰²C. Cass., 3 mars 1937, *Recueil Penant*, 1937, II, p. 265.

⁸⁰³La position du tribunal de Casablanca est constante. Il a toujours estimé que les Français ne peuvent se marier au Maroc qu'en la forme civile (Jugement du 11/08/15, 16/01/17, 18/05/1923, 15/06/31 *Recueil Penant*, 1916, II, p.10 ; 1917, II, p. 30 ; 1924, II, p. 14, 1932, II, p. 83.)

⁸⁰⁴CA de Rabat, 19 mai 1932, *Recueil de la Cour d'Appel de Rabat*, 1932, VI, p. 460. Cité par DECROUX P., *Le mariage et le divorce en droit international marocain*, op. cit., p. 20-21.

présence de deux lois, celle du mari qui interdit le mariage religieux et celle de la femme qui non seulement admet, mais impose cette forme de mariage ;

Attendu qu'à défaut de texte donnant la prépondérance à la loi nationale du mari, il n'y a pas raison de prendre seulement en considération cette loi et d'écarter celle de la femme quand il s'agit d'apprécier la validité du mariage ;

Attendu qu'il y a de décider que le mariage contracté au Maroc par L.A..., français, avec C.E..., Marocaine, suivant les formes de la loi de cette dernière, loi locale, est valable par application de la règle « locus regit actum » ».

Un pourvoi en cassation est formé et la Cour de cassation tranche définitivement la question du mariage religieux. Elle opère un revirement de jurisprudence le 03 mars 1937. Dorénavant, il n'est plus possible pour les Français de se marier religieusement au Maroc. La haute juridiction casse l'arrêt de la Cour d'Appel de Rabat du 19 mai 1932. Dans son principal considérant, elle explique : « L'article 11 du dahir du 11/14 août 1913, qui règle la condition civile des Français dans la zone française du Maroc, est conçu en termes impératifs et a un caractère nettement obligatoire, il fait disparaître pour les Français, dans la zone française du Maroc, toute possibilité d'application de l'article 170 du Code civil, dès lors que le mariage même avec une femme indigène peut y être célébré dans les formes prévues par le dahir sus énoncé ; en lui imposant l'obligation de contracter mariage conformément aux formes qu'il prescrit, il lui interdit par là même de recourir aux usages locaux antérieurement en vigueur »⁸⁰⁵. Ainsi cet arrêt affirme le caractère nettement obligatoire de l'article 11 du DCC qui exige la conclusion du mariage devant l'officier d'état civil.

Enfin, l'affaire est renvoyée devant la Cour d'Appel de Rabat, autrement composée, qui confirme la position de la Cour de cassation et rappelle par son arrêt du 28 mars 1939 le caractère obligatoire de l'article 11 du DCC, qui impose pour les Français de se marier selon la forme civile prévue par le dahir du 4 septembre 1915. L'article 170 du Code civil n'est pas applicable en l'occurrence⁸⁰⁶.

Si la jurisprudence n'a tranché la question de la validité du mariage religieux qu'en 1937, l'administration a essayé dès 1932 de dissuader les mariages mixtes contractés devant les Rabbins. Elle a obligé ces derniers à attendre que le mariage soit conclu au préalable

⁸⁰⁵ Cité par DECROUX P., *Le mariage et le divorce en droit international marocain, op. cit.*, p. 22.

⁸⁰⁶ CA de Rabat, *Recueil de la Cour d'Appel de Rabat*, 1939, p. 119.

devant l'officier d'état civil⁸⁰⁷. De même, sous l'impulsion du secrétaire général du Protectorat, des instructions vizirielles aux cadis de l'empire chérifien ont été élaborées afin d'interdire, en cas de mariage mixte, la conclusion d'actes de mariage devant adoul avant le passage devant l'officier d'état civil⁸⁰⁸.

Une fois les conditions du mariage réunies et l'union célébrée, se pose la question de la loi applicable concernant les effets du mariage mixte.

B. Les effets du mariage mixte

Comme toute union matrimoniale, le mariage mixte engendre également des effets personnels (1) et des effets patrimoniaux (2).

1. Les effets personnels

Avant de s'interroger sur la loi applicable concernant les effets personnels d'un mariage mixte (b), il faudra au préalable se demander si le mariage mixte a un effet quelconque sur la nationalité des époux (a).

a. L'effet du mariage sur la nationalité

Au Maroc, le mariage n'a aucun effet sur la nationalité de l'autre époux. Il n'existe aucune loi positive sur la question. De plus, selon les droits confessionnels existants (musulman et israélite) le mariage n'a aucun effet sur la nationalité. L'Européenne qui épouse, par exemple, un Marocain n'acquiert pas par son mariage la nationalité de son mari. Ce principe est rappelé par la Cour d'appel de Rabat du 5 juin 1934, « Attendu que la dame M.L ..., Française, au moment où elle a contracté mariage, demeurée Française pendant... »
⁸⁰⁹ .

La question des effets du mariage sur la nationalité est réglée par le droit français dans la loi du 10 août 1927. La femme étrangère qui épouse un Français peut acquérir la

⁸⁰⁷ CADN, DI, MA/200/421, une circulaire du conseiller du gouvernement chérifien à Monsieur le directeur des affaires indigènes à propos des mariages mixtes contractés devant les Rabbins, Rabat le 12 novembre 1932.

⁸⁰⁸ « Sa majesté chérifienne vous prescrit de façon impérative, sous peine des sanctions les plus graves, de n'autoriser à l'avenir, l'établissement d'actes de mariage, où l'un des futurs conjoint n'est pas un sujet marocain, qu'après la célébration du mariage dans les formes prévues par le dahir du 4 septembre 1915.... Les prescriptions ci-dessus ne s'appliquent pas au cas où le futur conjoint non-sujet marocain est un musulman sujet ou protégé français... » (CADN, DI MA/200/421, instructions du Vizir de la justice aux Cadis de l'empire Chérifienne, Rabat, en 1932).

⁸⁰⁹ Cour d'Appel de Rabat, 5 juin 1934, *Recueil de la Cour d'Appel de Rabat*, t. VIII, p. 22.

nationalité de son mari en faisant une déclaration expresse devant l'officier de l'état civil antérieurement à la célébration du mariage. Quant à la femme française qui se marie avec un étranger, elle conserve sa nationalité, sauf s'elle déclare expressément sa volonté d'acquérir, conformément aux dispositions de la loi nationale du mari, la nationalité de ce dernier. D'après ces dispositions, et dans le cas du Maroc, la femme marocaine peut devenir française par le mariage, alors que la femme française qui épouse un Marocain ne perd pas sa nationalité française et ne peut pas acquérir celle de son mari.

Ainsi, la conservation par l'un des époux de sa propre nationalité maintient à l'intérieur du ménage un dualisme de législation. Comment peut-on réconcilier deux statuts personnels parfois inconciliables ?

b. Les droits et les devoirs des époux

Si certains droits et devoirs des époux sont communs à toutes les législations⁸¹⁰ (assistance, obligation alimentaire, limitée au mari en droit musulman...), certains d'entre eux sont susceptibles d'entraîner des conflits au sein des ménages mixtes⁸¹¹. Par exemple, le devoir de fidélité inscrit dans le Code civil français n'a pas d'équivalent au Maroc, en ce qui concerne l'homme. Le statut personnel musulman comme le statut hébraïque permettent à l'époux d'être polygame.

Comme le DCC est muet par rapport à la question des effets personnels du mariage mixte, une situation particulière s'est présentée devant les tribunaux français du Maroc. C'est le cas de la polygamie. La jurisprudence s'est prononcée sur la question, le 15 novembre 1933, dans un jugement inédit émanant du tribunal de Rabat. Cette juridiction, pour des raisons d'opportunité, a prononcé le divorce aux torts exclusifs d'un Marocain qui est marié à une Française lui a adjoint une coépouse à son retour au Maroc⁸¹². Un autre mécanisme existe et peut-être employé par la femme européenne pour se protéger contre un éventuel mariage de son mari. Elle peut faire insérer dans le contrat du mariage une clause de monogamie. Si l'époux ne respecte pas son engagement, les juridictions françaises du Maroc annulent les mariages postérieurs.

⁸¹⁰ Aussi bien Européennes que musulmanes et mosaïques.

⁸¹¹ MEYLAN M., « Les mariages mixtes au Maroc », *op. cit.*, p. 45.

⁸¹² TPI de Rabat, 15 novembre 1933, *Recueil Penant*, 1934, II, p. 140.

Si le *dahir* du 12 août 1913 ne s'est pas prononcé à propos des effets du mariage mixte quant aux personnes, il organise largement, dans ses articles 12, 14 et 15, les effets des régimes matrimoniaux entre époux.

2. Les effets patrimoniaux : prépondérance de la loi du mari

Le droit international privé marocain semble reconnaître à la loi du mari une certaine prévalence au sein du ménage. C'est ce qui a été énoncé par l'article 15 du D.C.C, « En l'absence de contrat, les effets du mariage sur les biens des époux, tant d'immeubles que meubles, sont régis par la loi nationale du mari, au moment de la célébration du mariage. Le changement de nationalité des époux ou de l'un d'eux n'aura pas d'influence sur le régime des biens ». Ainsi, si aucun contrat sur les biens respectifs des époux n'a été souscrit, ceux-ci seront régis par la loi nationale de l'époux. Dans le cas par exemple d'un mariage mixte entre une Française et un Marocain musulman, même s'il est célébré auprès des services de l'état civil, les époux seront en l'absence de tout contrat, soumis quant à leurs biens au régime de la séparation des biens, l'unique régime matrimonial existant en droit musulman.

Dans le cas où les époux rédigent un contrat, cet acte doit être conclu selon la loi nationale de chacun des époux, ou à défaut, suivant les prescriptions imposées aux Français en France par la loi française⁸¹³. Ainsi, les Français doivent donc faire nécessairement leur contrat de mariage dans les formes de la loi française, les étrangers optent, selon leurs choix, à leurs lois nationales ou à la loi française⁸¹⁴.

Cet article 15 du DCC est une règle de conflit claire et nette. « Il évite, selon, Decroux, pour les mariages célébrés au Maroc, les difficultés rencontrées en Tunisie pour déterminer le régime matrimonial des Français et des étrangers mariés dans la Régence, où les tribunaux recherchent la volonté tacite des époux, recherche délicate considérée comme une question de fait, laissé à l'arbitraire du juge, sans contrôle de la Cour de cassation »⁸¹⁵.

Il faudra toutefois noter que dans le cas particulier d'une épouse exerçant une activité séparée de celle de son mari, les tribunaux combinent le régime matrimonial de séparation de biens du droit musulman avec les règles de statut personnel de l'épouse française⁸¹⁶. Ainsi, dans un jugement du 8 avril 1942, le tribunal de Rabat déclare : « en cas de mariage

⁸¹³ MEYLAN M., « Les mariages mixtes au Maroc », *op. cit.*, p. 45.

⁸¹⁴ *Ibid.*

⁸¹⁵ DECROUX P., *Le mariage et le divorce en droit international marocain*, *op. cit.*, p. 30.

⁸¹⁶ DECROUX P., « Mariages mixtes au Maroc », *op. cit.*, p. 20.

célébré au Maroc, entre un sujet marocain musulman et une Française, le régime matrimonial des époux, à défaut de contrat est le régime de la séparation de biens du droit local.

« Toutefois, lorsque la femme exerce une profession distincte, il y a lieu lors de la liquidation du régime matrimonial à la suite d'un divorce, de faire application de la loi musulmane, fixant le régime matrimonial des époux, et de la loi française du 13 juillet 1907 relative au statut personnel de la femme.

« Si, en sa qualité de Française, la femme peut revendiquer le bénéfice de la loi du 13 juillet 1907, notamment pour établir la consistance de ses biens réservés, malgré les dispositions de la loi musulmane fixant le régime matrimonial des époux, elle ne peut, en revanche, comme l'autoriserait le droit musulman, répéter les sommes qu'elle a versées pour les besoins normaux de la famille, l'article 7 de la loi du 13 juillet 1907 lui faisant l'obligation de subvenir spontanément, dans la mesure de ses facultés, aux besoins du ménage »⁸¹⁷.

Si le mariage est célébré en France, mais sans contrat en France, il faudra rechercher la volonté présumée des époux au jour du mariage. Par exemple, pour un mariage d'une femme française avec un Marocain célébré en France, pays du domicile matrimonial, il peut être présumé que les époux ont voulu « se soumettre intentionnellement au régime de la communauté légale du droit français, ne serait-ce que dans l'intention de favoriser l'épouse, que sa confession peut l'écarter de la succession de son mari »⁸¹⁸.

L'union mixte peut prendre fin, comme tout mariage, soit par le divorce, soit par le décès de l'un des conjoints.

§ 2- La dissolution du mariage mixte

Pour prononcer le divorce, les tribunaux français du Maroc doivent vérifier la loi personnelle de chacun des époux et si elle permet la dissolution du mariage par le divorce. Également, c'est à la loi personnelle des époux qu'il revient de déterminer les causes possibles de divorce et la procédure à suivre. Au moment de la dissolution du lien matrimonial, deux éléments lèsent énormément la femme européenne : le droit de répudiation unilatéral accordé à l'époux (A) et les droits de l'épouse en matière successorale en cas de décès du mari (B).

⁸¹⁷ TPI de Rabat, 8 avril, 1942, *GTM*, 1942, p. 94. Cité par *ibid.*, p. 21.

⁸¹⁸ *Ibid.*

A. La protection de la femme européenne lors du divorce

Le statut personnel musulman comme celui hébraïque reconnaissent à l'époux le droit de répudier sa femme à sa guise. Ainsi une femme française ou européenne mariée à un Marocain musulman ou israélite peut se retrouver répudiée contre sa volonté et même sans sa présence.

Les tribunaux français au Maroc font en sorte de réconcilier la loi personnelle de l'épouse avec celle du mari. La Cour d'Appel dans l'arrêt du 12 janvier 1944 déclare dans le cadre d'une union franco-espagnole : « Le droit du protectorat consacre la souveraineté complète des lois de statut personnel. Toutes les institutions du droit privé doivent être également respectées. En présence d'un couple mixte, le conflit des lois personnelles des époux doit être réglé par un cumul d'application aboutissant à faire à chaque loi sa part »⁸¹⁹. En se basant sur cet arrêt et par analogie, Decroux conclut que seul le divorce judiciaire peut mettre fin à un mariage mixte entre un Marocain et une Française ou Européenne⁸²⁰.

À l'instar du droit au divorce, les causes du divorce sont déterminées par la loi nationale de chaque époux. Au moment du dépôt de la demande de divorce, le tribunal prend en compte les causes prévues par la loi nationale de l'époux demandeur en justice, sans se soucier de la contradiction qui peut opposer cette loi à celle du défendeur⁸²¹. Ainsi, dans le jugement du 15 novembre 1933 cité au-dessus, le tribunal de Rabat prononce le divorce aux torts exclusifs du mari. Un Marocain marié à une Française et qui à son retour au Maroc lui adjoint une coépouse. Pour le tribunal cela constitue une injure grave et permettait à celle-ci d'obtenir le divorce à son profit en conformité du droit français⁸²².

Concernant les effets du divorce, le DCC ne s'intéresse pas à cette question, mais selon la jurisprudence locale, ils seront également déterminés par la loi nationale des intéressés⁸²³. Dans ces conditions, la femme peut demander la garde des enfants mineurs issus du mariage et le versement d'une pension alimentaire à leur profit. En l'occurrence, les

⁸¹⁹ CA de Rabat, 12 janvier 1944, *Recueil de la Cour d'Appel de Rabat*, 1944, p. 363.

⁸²⁰ DECROUX P., « Mariages mixtes au Maroc », *op. cit.*, p. 22.

⁸²¹ *Ibid.*, p. 23.

⁸²² TPI de Rabat, 15 novembre 1933, cité par DECROUX P., *Le mariage et le divorce en droit international marocain*, *op. cit.*, p. 55.

⁸²³ *Ibid.*, p. 68.

tribunaux français au Maroc font prévaloir l'intérêt de l'enfant et non les prescriptions de la loi musulmane du mari⁸²⁴.

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'article 15 du DCC accorde la prédominance à la loi du mari en matière des régimes matrimoniaux : à défaut du contrat, seule la loi nationale de l'époux au jour du mariage détermine le régime matrimonial des époux. Il faudra toutefois noter qu'en cas de mariage mixte entre une Française et un Marocain, c'est le notaire français qui sera chargé de liquidation du régime matrimonial, alors même qu'il y a lieu d'appliquer les règles du droit musulman. La jurisprudence explique ce choix pour des raisons pratiques : le *cadi* marocain ne peut être soumis à la juridiction d'un tribunal français et ne pourrait être contrôlé par le tribunal qui l'aurait commis⁸²⁵.

Cette protection de la femme française ou européenne ne peut être étendue au régime successoral. L'épouse peut voir son droit à la succession de son mari bafoué s'elle n'est pas de la même religion que celui-ci.

B. Les droits de l'épouse en matière successorale

Si le mari musulman décède au cours de la vie conjugale, en laissant derrière lui sa femme européenne, non musulmane, il revient aux tribunaux français de liquider le régime matrimonial des époux. Une fois la liquidation faite, c'est le tribunal du *cadi* qui est compétent, quelle que soit la nationalité ou la confession des héritiers, et plus particulièrement, de la veuve et des enfants⁸²⁶.

Cette question du tribunal compétent en matière de la liquidation de la succession alors qu'il y a parmi les héritiers des Européens a soulevé un débat jurisprudentiel. L'article 2 du *dahir* sur l'organisation judiciaire⁸²⁷ dispose que les tribunaux français connaissent de toutes les affaires civiles dans lesquelles des Français ou des étrangers sont en cause. Mais la Cour de cassation n'est pas de cet avis. Elle décide dans un arrêt du 31 janvier 1938⁸²⁸ que seules les juridictions indigènes sont compétentes pour les litiges qui concernent la

⁸²⁴ Cour d'Appel de Rabat, 9 septembre 1943, *Recueil de la Cour d'Appel de Rabat*, 1944, p. 311. Cité par *ibid.*, p. 70.

⁸²⁵ Cour de Cassation, 20 novembre 1950, *RMD*, 1951, p. 250.

⁸²⁶ DECROUX P., « Mariages mixtes au Maroc », *op. cit.*, p. 24.

⁸²⁷ Dahir du 12 août 1913 relatif à l'organisation judiciaire du protectorat français du Maroc, *B.O.*, n° 46 du 12 septembre 1913.

⁸²⁸ Cité par DECROUX P., « Mariages mixtes au Maroc », *op. cit.*, p. 24.

dévolution des biens héréditaires des sujets marocains, alors même que les héritiers étaient des Français.

Le *cadi* compétent applique le droit musulman qui méconnaît le droit de la femme non musulmane dans la succession de son mari. En effet, même si en droit musulman l'épouse survivante a la qualité d'héritière, celle-ci n'hérite pas de son mari s'elle n'est pas musulmane. De même la mère n'a aucun droit dans la succession de ses enfants prédécédés, dès lors qu'ils sont musulmans et que la liquidation de leur succession sera faite par le *cadi* marocain⁸²⁹.

Dans le cas où le mari prédécédé (ou un enfant) possède des biens immobiliers en France, c'est la loi du lieu où se situe l'immeuble qui est applicable. En l'occurrence, les immeubles seront dévolus selon le droit français et par les tribunaux de la Métropole⁸³⁰. Dans ce cas, Decroux préconise « de prélever sur les biens situés en France une quote-part supplémentaire pour la (l'épouse) dédommager de la perte qu'elle aurait éprouvée par application au Maroc des prescriptions de la loi musulmane »⁸³¹.

⁸²⁹ *Ibid.*, p. 25.

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ *Ibid.*

Conclusion du titre II

En guise de conclusion, nous estimons que le juge musulman de l'époque coloniale demeure prisonnier du conformisme juridique. Il est tenu de chercher la solution dans les grands recueils du rite malékite. Il ne peut la tirer directement du Coran, de la *sunna* ou de l'*ijma'a*. Ceci est dû, sans doute, au processus de sa désignation. Au Maroc, le *cadi* est désigné par *dahir* du sultan spécifiant qu'il doit juger selon le rite malékite et aucune ouverture sur un autre *madhab* n'est possible. De même, les tribunaux rabbiniques et les juridictions coutumières font une application stricte de leurs droits propres. Nous n'avons trouvé aucune référence explicite à la législation ou à la jurisprudence française.

En matière de justice berbère, le nombre de décisions réunies est assez faible (28 décisions) pour faire un constat d'ensemble. Ces décisions tendent plutôt à une application traditionnelle de la coutume. Toutefois, en se basant sur les affirmations de Bousquet qui nous signale que depuis la soumission des Aït Haddidou et l'instauration des tribunaux coutumiers, les femmes divorcées peuvent garder leurs enfants jusqu'à qu'ils aient atteint l'âge de deux ans⁸³², nous estimons que le commissaire du gouvernement, français, a pu, par le biais de son pouvoir prétorien, modifier la coutume et ainsi protéger les intérêts des femmes répudiées et de leurs enfants.

Quant aux conflits de lois en matière de mariage mixte, la jurisprudence des tribunaux français les a réglés par le recours au *dahir* sur la condition civile des Français et des étrangers de 1913. Néanmoins, ces unions mixtes demeurent mal vues par l'administration et une partie de la doctrine.

⁸³² BOUSQUET G-H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *op. cit.*, p. 152.

Conclusion de la première partie

Prévues par l'article 1^{er} du traité instituant le protectorat, la France entame des réformes judiciaires. Elle garde, d'une part, l'arsenal judiciaire existant tout en l'amendant et construit d'autre part un système judiciaire assimilable à celui de la Métropole pour les Français et les étrangers vivant sur le territoire du protectorat.

En matière de statut personnel indigène, trois ordres de juridictions coexistaient : les tribunaux de *chra'a*, les tribunaux rabbiniques et les tribunaux coutumiers berbères. Chaque type de juridiction applique son droit propre. Le rite malékite, le droit hébraïque marocain et les coutumes berbères n'accordent pas une place privilégiée à la femme dans la société. Considérée comme un être secondaire, on ne se soucie jamais de l'amélioration de son sort. Même son droit à l'instruction est bafoué, les écoles pour filles n'apparaissant que dans les années Trente et sous le patronage du mouvement national. Les autorités coloniales ont choisi de ne pas toucher au statut personnel musulman, probablement par peur de réactions violentes. De plus, l'échec de la politique « interventionniste » en Algérie a conforté le respect du statut personnel en pays musulman. De même, la priorité est accordée avant tout à la mise en valeur coloniale du pays et au maintien de l'ordre, conditions nécessaires à une exploitation optimale du territoire colonisé.

Dans l'application du droit indigène, le juge de chaque ordre de juridiction (*chra'a*, rabbinique ou coutumier) ne s'affranchit guère de ses lois et coutumes confessionnelles, dans ses décisions aucune référence n'est faite à la loi ou à la jurisprudence française. Cependant, quelques remarques sont à faire : en matière de preuve du mariage, nous avons vu l'attachement des cadis aux *lafifs* produits et leur restriction de la preuve, pourtant contraire au rite malékite classique (preuve par ouï-dire ou par communément renommé), à tel point que nous pouvons y voir une influence du droit français où la preuve écrite est primordiale. Ensuite, par le biais de la jurisprudence, le commissaire du gouvernement français a pu contredire certaines coutumes berbères et garantir le droit de la femme de garder son enfant jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de deux années.

Après quarante-quatre années de colonisation, la France quitte enfin le Maroc en 1956. L'ère coloniale s'achève « défendue avec éloquence ou du bout des lèvres, mise en accusation à propos et hors propos ; enrichissement de la nature et de l'individu selon les

uns, blessure faite au paysage et aux corps selon les autres »⁸³³. Les femmes ont commencé à sortir dans l'espace public et l'instruction des filles encouragée. Qu'advint-il une fois le Maroc devenu indépendant ?

À l'indépendance du pays, le gouvernement jugea nécessaire de créer un Code du statut personnel qui unifie les Marocains, surtout qu'à l'époque il y avait beaucoup de tribus, beaucoup de coutumes régionales qui créaient une dualité avec le *chra'a*. Le mouvement national désirait donc un État marocain unifié et envisageait également un statut de la famille unifié. « Hier contestée, la codification des règles de statut personnel, voir du droit, dans un esprit islamique, apparut comme le signe manifeste d'un triomphe et d'une consolidation de la souveraineté et de l'identité arabo-islamique malmenée »⁸³⁴. C'est le leader du mouvement national Allal El Fassi, qui fut le rapporteur du projet de Code du statut personnel préparé par le ministère de la Justice.

Pour la première fois, le Maroc établit un texte de loi unique et unifié qui s'applique à tous les Marocains sans différence régionale ou ethnique. Sauf pour les israélites qui continuent, quant à eux, à résoudre leurs litiges familiaux en recourant au droit hébraïque marocain.

⁸³³ LAROUÏ A., *L'histoire du Maghreb : un essai de synthèse*, Paris, F. Maspero, 1975. p. 148.

⁸³⁴ BOUSSETTA M., *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, op. cit., p. 868.

- DEUXIÈME PARTIE 2 -

LA CONDITION JURIDIQUE DE LA FEMME APRÈS L'INDÉPENDANCE DU MAROC : IMPOSSIBLES RUPTURES ET RÉSISTANCE DES PRATIQUES ?

La première codification du droit de la famille est réalisée entre novembre 1957 et février 1958. Une simple compilation du rite malékite avec suppression de quelques règles jugées très rétrogrades vis-à-vis de la femme. Mais l'ensemble du texte demeure fortement discriminatoire. Notamment les articles relatifs à la tutelle matrimoniale, la polygamie, la répudiation et l'autorité maritale.

Néanmoins, avec l'évolution de la société marocaine et l'augmentation du nombre de femmes occupant un emploi⁸³⁵, le modèle traditionnel dessinant le mari comme chef de famille est remis en cause. Ainsi, la Moudawana fut considérée comme désuète par une partie de la population. Il fallait alors rouvrir les débats.

C'est au cours des années 1980-1990, avec la naissance d'une société civile marocaine militant pour les droits des femmes, rejointe par des universitaires et des éléments progressistes au sein même du gouvernement, que le mouvement pour la révision de la Moudawana prend toute son ampleur. Une pétition lancée en 1992, en faveur de la réforme du droit familial, rencontre un franc succès avec plus d'un million de signatures collectées. Ce mouvement dénonce l'anachronisme de la Moudawana de 1957. Il juge le Code de statut personnel comme rétrograde et inique pour les droits des femmes. Il en appelle à la suppression de ces institutions. Le roi Hassan II réagit et crée une commission pour la révision de la Moudawana. La réforme a lieu en 1993 par le dahir du 10 septembre. Neuf articles sur deux cent seize sont modifiés. Les modifications de 1993 ne sont pas à la hauteur des aspirations des féministes, mais elles ont une portée symbolique majeure, la désacralisation du CSP. Ce qui renforcera l'énergie des associations féministes dans leurs luttes pour une réforme globale.

Quelques années plus tard, le gouvernement décide de prendre en compte les revendications des féministes et lance en 1999, avec le soutien de la banque mondiale, un

⁸³⁵ Le recensement de 1971 nous indique que le pourcentage des femmes qui travaillent est augmenté de 20% en 4 ans. Sur 100 actifs urbains, 30 sont des femmes, c'est d'autant plus énorme que sur les 2 800 000 femmes au foyer recensées, 1 200 000 seront par la suite reclassées en aides familiales dans l'agriculture. Cf. DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., pp. 278-281.

plan d'action national pour l'intégration des femmes au développement. Ce plan encourage la réforme de la Moudawana au nom des droits de l'homme et dans l'intérêt du développement national. Face à une forte hostilité allant jusqu'à la violence, le gouvernement renonce temporairement au programme du plan, mais les organisations féministes ne désarment pas. Le débat sur la réforme de la Moudawana s'inscrit notamment autour d'une réflexion sur la possibilité par le biais de l'*ijtihad*⁸³⁶ d'adapter la loi religieuse du statut personnel aux changements sociaux. Finalement, en octobre 2003, le Roi, en sa qualité de commandeur des croyants, annonce la promulgation d'un nouveau Code de la famille « moderne », mais conforme aux sources religieuses aux fins de transmission au Parlement. Ce dernier l'adopte le 3 février 2004. Le Code de la famille de 2004 constitue une réforme ambitieuse du droit de la famille et une avancée majeure en matière des droits de la femme (titre 2), mettant ainsi fin à presque cinq décennies durant lesquelles la femme marocaine souffrait d'un statut largement inférieur par rapport à l'homme (titre 1).

⁸³⁶ « L'Ijtihad est le constant effort d'interprétation de la loi religieuse à partir de ses données fondamentales, le Coran et la Sunna, en fonction des diverses techniques juridiques qui ont été élaborées par les écoles d'interprétation et selon les nouvelles conjonctures » (BLANC F-P, *le droit musulman*, Paris, Dalloz, 1995, p. 24).

TITRE 1- LA MOUDAWANA DE 1957 ET SA REVISION : D'UNE CONCEPTION CONSERVATRICE DU STATUT DE LA FEMME AUX PREMIÈRES AMÉLIORATIONS

À l'indépendance du Maroc, il était urgent d'affermir le pouvoir du jeune État. Une politique d'unification dans tous les domaines juridiques est menée, y compris celui de l'organisation judiciaire et de l'application des statuts. Afin de réaliser cet objectif, il faudra abroger au préalable le dahir berbère de 1930. Une commission est instituée à cette fin le 17 mars 1956. Cinq mois plus tard, le ministre de la Justice proclame l'abrogation définitive du dahir berbère en vertu des nouveaux dahirs du 25 août 1956 à Khemisset, en y installant des juges à « pleins pouvoirs »⁸³⁷.

Ainsi la différence entre pays de coutume et pays de *chraa* est supprimée. Par le dahir du 8 décembre 1956, toutes les circonscriptions seront dotées d'une juridiction de première instance, avec des chambres régionales d'Appel au niveau des provinces. Le dahir du 27 septembre 1957 crée enfin la Cour suprême avec une chambre de cassation⁸³⁸.

Dans le domaine des statuts personnels et sous l'initiative du ministre de la Justice, Abdelkrim Benjalloun, que le Roi Mohamed V crée par le dahir du 19 août 1957 une commission de dix notables⁸³⁹ choisit parmi les autorités religieuses et la haute magistrature avec mission d'établir un code de statut personnel, appelé Moudawana. Allal El fassi, président du parti l'*Istiklal*, est le rapporteur de ladite commission.

Le dahir du 19 août 1957 instituant la commission pour la réalisation de la Moudawana l'a appelé « la commission pour la codification des décisions du *fikh* musulman ». Ainsi, ce texte demeure une simple codification du droit musulman et donc une évolution timide du statut de la femme marocaine (Chapitre 1). Toutefois, la décennie 1993-

⁸³⁷ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 193.

⁸³⁸ Texte organique présenté par MORERE M., *RMD*, 1962, pp. 471-497. Cité par *ibid*.

⁸³⁹ Le décret 2.57.1040 du 21 août 1957 (B.O. n° 2341 du 6 septembre 1957) avait désigné les *oulémas* suivants :
M. Mohamed Ben Larbi Alaoui, ministre de la Couronne
M. Mohamed Mokhtar Soussi, ministre des habous et des affaires religieuses.
M. Allal Fassi, président du parti de l'Istiklal
M. Mohamed Daoud, membre de l'Assemblée consultative
M. Ahmed Bedraoui, président du Tribunal d'Appel de Chraa
M. Abderrahmane Chefchaoui, vice-président du Tribunal d'Appel de Chraa
M. Mehdi Alaoui, conseiller en cette même cour
M. Abdelouahed Alaoui, président de la chambre d'appel du chr'a au Tribunal régionale de Casablanca
M. Houssein Ben Bachir, président de la même chambre à Fez.
M. Hamad Laraoui, conseiller au Haut tribunal chérifien.

2003 constitue une étape clé dans le processus d'évolution du statut de la femme (Chapitre 2).

CHAPITRE I- AU LENDEMAIN DE L'INDÉPENDANCE, UNE ÉVOLUTION INFIME DU STATUT DE LA FEMME

Sous la présidence du ministre de la Justice et celle du prince héritier Hassan II, la commission de la codification du droit musulman entame ses travaux le 9 octobre 1957. Lors de cette séance inaugurale, le Roi Mohamed V après avoir rappelé les buts de la codification du droit du statut personnel, ses motifs et ses méthodes, glorifie la longue tradition juridique marocaine : « Nous sommes assez riches pour nous passer d'avoir recours aux lois positives d'États étrangers... Ce qui manque à notre glorieux héritage, c'est d'apparaître enfin sous son véritable aspect, débarrassé des commentaires stériles et des coutumes aberrantes qui avec le temps ont fini par faire corps avec le Charia et ont retardé l'évolution et le progrès du pays... d'où le besoin d'un texte structuré en articles organiquement composés »⁸⁴⁰. Il s'agit donc de revenir aux textes originels, tout en les structurant sous la forme d'un Code. Finalement, la Moudawana est une simple codification du rite malékite, l'esprit de réforme y est très réduit.

Les livres sur le mariage et sa dissolution (livre I et II)⁸⁴¹, ainsi que sur la filiation (livre III)⁸⁴² ont été respectivement promulgués le 22 novembre et le 18 décembre. Les livres sur la capacité et la représentation légale (livre IV)⁸⁴³ et sur les successions (livre V)⁸⁴⁴ ont été promulgués le 25 janvier et le 20 février 1958. Ces textes s'appliquent à tous les Marocains de confession musulmane à l'exclusion des israélites dont on continue d'appliquer le statut personnel hébraïque marocain⁸⁴⁵.

À peine les deux premiers livres promulgués, le ministre de la Justice Abdelkrim Benjelloun expose fièrement la Moudawana à l'occasion d'une conférence de presse qu'il a tenue le 9 décembre 1957 : « Cet événement historique revêt une très grande importance pour le Maroc, pour la première fois dans l'histoire de ce pays, en effet, on y réalise la codification du droit musulman en la forme d'une loi qui répond à toutes les exigences des

⁸⁴⁰ Cité par BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours, op. cit.*, p. 194.

⁸⁴¹ Dahir n° 1-57-343 du 22 novembre 1957 portant application des livres I et II du code de statut personnel et des successions (mariage et dissolution du mariage) *B.O.* 23 mai 1958, p. 806 et s.

⁸⁴² Dahir n° 1-57-379 du 18 décembre 1957 portant application dans tout le territoire du royaume, des dispositions du livre III du code de statut personnel et des successions sur la filiation et ses effets. *B.O.* 25 juillet 1958, p. 1160 et s.

⁸⁴³ Dahir n° 1-58-19 du 25 janvier 1958 portant application dans tout le territoire du royaume, des dispositions du livre IV sur la capacité et la représentation légale. *B.O.* 26 décembre 1958, p. 2096 et s.

⁸⁴⁴ Dahir n° 1-58-73 du 20 février 1958 portant application dans tout le territoire du royaume, des dispositions du livre IV du code de statut personnel et des successions sur le testament. *B.O.* 20 février 1959, p. 325 et s.

⁸⁴⁵ Tel qu'il s'appliquait pendant la période coloniale.

temps modernes tout en sauvegardant les fondements de la religion et de l'esprit de l'Islam. La réforme profonde que cette loi apporte au régime de la famille et la promotion qu'elle assure à la condition féminine permettent de garantir à cette nation un progrès social dans le cadre de l'Islam ainsi que dans celui de la dignité et de la liberté qu'il a toujours assuré à la femme »⁸⁴⁶.

Par la suite, le ministre brandit les dispositions nouvelles, avantageuses pour la femme, puisque la Moudawana « s'est efforcé de faire revivre les saints principes de l'Islam et de revenir à ses enseignements qui garantissent sa (la femme) dignité et protègent sa personnalité contre toute annihilation ou disparition dans celle du mari »⁸⁴⁷. Ainsi, afin d'améliorer la situation de la femme, le CSP s'est ouvert sur d'autres rites, à part le rite malékite. Les principales règles empruntées sont :

- La suppression du droit de *djebr* (contrainte matrimoniale) sauf si on craint la mauvaise conduite de la femme.

- L'irrecevabilité de certaines répudiations à l'instar de celles prononcées par serment ou soumises à condition.

- La répudiation prononcée, une seule fois par trois vaut une simple répudiation.

- La possibilité pour la femme de solliciter le divorce pour absence, même si le mari avait laissé des biens pour son entretien.

- L'allaitement ne constitue un empêchement au mariage qu'en cas de cinq tétés effectives dans une période de deux ans de la vie du nourrisson.

Malheureusement cette codification n'a qu'un effet minime sur la condition féminine. La femme marocaine souffre toujours d'un statut inférieur par rapport à l'homme au sein de la famille. En confirmant l'approche de la femme épouse, mère et éducatrice, la Moudawana ne fait que reproduire les principes du rite malékite élaborés au VIII^e siècle, faisant ainsi abstraction de l'ère nouvelle de l'indépendance et de ses mutations sociales. Allal El Fassi, savant réformiste et adepte de l'*ijtihad*, aurait pu débattre pour faire gagner plus de droits à la femme marocaine. Z. Daoud regrette que « la grande assise des populaires de l'*Istiklal* qui affichait près d'un million de membres » n'ait « pas accordé d'importance à un phénomène qui entraine dans ses vues salafistes et nationalistes »⁸⁴⁸. F. Mernissi déplore à

⁸⁴⁶ Cité par BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 233.

⁸⁴⁷ *Ibid.*

⁸⁴⁸ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 259.

son tour que « le leadership nationaliste qui s'est fait torturer dans les prisons pour que règnent l'égalité et la démocratie a dessiné la future famille marocaine en l'absence de l'élément central de cette famille, la femme »⁸⁴⁹.

Le CSP confirme donc le statut inférieur et archaïque de la femme marocaine (section 1). Mais le contexte, à partir des années Quatre-vingt, va changer (section 2).

Section 1- Des droits inégaux, au détriment de la femme

La Moudawana de 1957 présente de façon claire et codifiée ce qui était précédemment un ensemble de règles éparpillées dans la volumineuse littérature malékite, ou un ensemble d'interprétations jurisprudentielles. Certes, ce nouveau texte a apporté quelques modifications, mais l'ensemble de ses dispositions demeurent peu favorables à la condition féminine, que ce soit au moment du mariage (paragraphe 1), ou du divorce (paragraphe 2).

§1. Les droits de la femme dans le mariage, principal axe de discrimination

Nous aborderons en premier lieu les conditions de validité de l'acte du mariage pour la femme (A), pour étudier en second lieu les droits et les devoirs de l'épouse (B).

A. Conditions de validité du mariage pour la femme

Plusieurs règles ont été adoptées, afin de lutter contre les mariages précoces et les mariages forcés. La règle phare est la fixation d'un âge matrimonial pour la femme. En effet, la fille ne peut contracter un mariage avant d'atteindre l'âge de 15 ans révolus. Cependant, dans les faits, le mariage avant l'âge légal reste fréquent. Plusieurs raisons expliquent ce phénomène : la pauvreté de la famille, l'ignorance, la peur de la perte de la virginité... Selon le recensement de 1960, 2519 filles de 10 à 14 ans étaient déjà mariées, et des enquêtes ultérieures dans le monde rural confirment l'ampleur de cette pratique⁸⁵⁰.

Le titulaire du droit de *djebr* pouvait exercer, avant la codification de 1957, une contrainte sur le consentement de la femme au mariage. Pour lutter contre cette pratique, le législateur a supprimé le droit de *djebr*. À ce propos, le ministre de la Justice déclara dans

⁸⁴⁹ MERNISSI F., *Le monde n'est pas un harem : Paroles des femmes du Maroc*, Paris, Albin Michel, 1991, p. 19.

⁸⁵⁰ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 259.

sa conférence de presse du 9 décembre 1957 : « Le mariage, après avoir été l'une des prérogatives du seul père, qui y agissait sans tenir compte du consentement de sa fille, ni même de ses intérêts parfois, devient un pacte unissant les deux conjoints : on y a le droit de choisir la personne vers laquelle l'esprit se repose. La contrainte disparaît pour faire place à une tutelle dont le but fondamental est de protéger les intérêts des enfants... »⁸⁵¹.

Désormais, le consentement de la femme est nécessaire pour contracter le mariage. Son tuteur, qui doit être un parent consanguin de sexe masculin, ne peut l'obliger à se marier contre son gré (art.12 al.4). Ce consentement est complété par celui du tuteur matrimonial. La validité du mariage nécessite formellement la présence de cet individu (art. 5). Il peut s'opposer au mariage en alléguant la mésalliance (art. 14), ou au contraire faire prévaloir la mauvaise conduite de la fille (art. 12 al. 4) pour demander l'application du droit de *djebr*. Même s'il revient au juge d'apprécier la mauvaise conduite de la fille, l'introduction de cette exception peut ouvrir la voie à des abus et constitue vraisemblablement une limite à la suppression de la contrainte matrimoniale.

Il arrive que le tuteur s'oppose au mariage et en cas de persistance du désaccord entre la femme et son *wali*, le juge est saisi (art. 9). Le refus abusif du *wali* peut conduire le juge à agir comme tuteur et donner la fille en mariage (art.13).

Autre limite à la liberté au mariage, l'interdiction pour la femme musulmane marocaine de se marier avec un non musulman. L'article 29, alinéa 5 dispose : « Sont prohibés [...] le mariage d'une musulmane avec un non musulman ». Toutefois, cet empêchement d'ordre religieux est levé si le mari se convertit à l'Islam et après l'autorisation du procureur général à la Cour d'Appel.

Les règles ainsi développées abordent quelques conditions requises spécialement pour les femmes afin de conclure l'acte du mariage. Une fois établi, le lien matrimonial engendre des droits et des devoirs spécifiques pour les femmes.

B. Droits et devoirs de l'épouse

Le droit musulman méconnaît la notion de régime matrimonial puisque le mariage n'entraîne aucune communauté de biens entre époux. La Moudawana de 1957 maintient le principe de la séparation des biens. Chacun des époux garde l'administration et la disposition de ses propres biens. L'épouse, à l'instar du mari, peut accomplir tous les actes afin de gérer

⁸⁵¹ Cité par BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 233.

et de conserver son patrimoine. Il en est de même pour les actes de disposition. Elle a la liberté entière de disposer de ses biens par vente, donation, par testament... La Moudawana n'a pas reproduit une règle du rite malékite, qui dispose que la femme ne peut faire une donation ou un testament de plus d'un tiers de son patrimoine qu'avec l'autorisation de son conjoint. De plus, la femme marocaine, même si elle est riche, n'est pas obligée d'entretenir financièrement sa famille. Cette mission est dévolue à son époux.

La Moudawana, de 1957, impose au mari d'assumer deux devoirs financiers importants : il doit verser un *sadak* au moment du mariage, et entretenir sa famille durant toute la durée du lien conjugal.

Le *sadak* par définition est un don offert par le mari à la femme ou stipulé au profit de cette dernière au moment de la conclusion du mariage, c'est un élément conditionnant la validité du mariage. La consommation de l'union confère à la femme le droit à l'intégralité du *sadak*, elle en a la libre disposition, le mari ne peut exiger d'elle un apport quelconque de meubles ou literies. De même, le tuteur ne peut percevoir une partie de ce don.

Concernant la *nafaka*, cette question est réglée par la Moudawana ainsi que par le Code de procédure civile. Ces textes disposent que la *nafaka* est une obligation du mari, dont il est redevable à partir de la consommation du mariage, et qui l'oblige à subvenir aux besoins de sa famille, à savoir la nourriture, l'habillement, les soins médicaux ... la femme, quelle que soit sa fortune, n'est soumise à aucune obligation financière. De ce fait, le mari n'a pas de créance alimentaire envers sa femme et ne peut l'obliger à travailler pour satisfaire ses besoins, même si cette dernière est dépourvue financièrement.

Ce droit persiste pour la femme enceinte jusqu'à l'accouchement et pour l'épouse répudiée pendant la retraite de continence. La femme enceinte en état de « rébellion » conserve son droit à la *nafaka*. De même, toute femme qui n'est pas enceinte ou répudiée et qui abandonne le domicile conjugal conserve son droit à la pension alimentaire. Le juge peut suspendre le versement de cette pension, s'il a condamné la femme à réintégrer le domicile conjugal et qu'elle refuse d'obtempérer.

Le manquement à l'obligation d'entretien peut être condamné civilement et le mari sera dans l'obligation par décision de justice de payer sa dette. Ce défaut d'entretien peut

également être invoqué dans une action en divorce au profit de la femme. Il peut, en outre, être constitutif du délit d'abandon de famille réprimé par l'article 480 du Code pénal⁸⁵².

Comme le mari est redevable envers sa femme de l'obligation d'entretien et celle du *sadak*, il est le chef de la famille (art.1) et l'épouse lui doit obéissance dans le respect des convenances. Ainsi, selon l'article 36, « les droits du mari à l'égard de sa femme sont : la fidélité, l'obéissance conformément aux convenances, l'allaitement au sein, si possible, des enfants issus du mariage la charge de veiller à la marche du foyer et à son organisation, la déférence envers les pères, mères, et proches parents du mari ».

L'époux a un plein droit de regard sur toutes les décisions relatives à la vie privée de sa femme ainsi que celles concernant le ménage ; c'est lui qui fixe le domicile conjugal, il peut même obliger son épouse à cohabiter avec ses propres parents, que la loi lui enjoint de respecter.

Aussi, l'époux exerce un pouvoir de tutelle sur la vie professionnelle de sa femme. Il peut légalement l'empêcher d'exercer le commerce. Le consentement du mari est nécessaire pour que la femme exerce une activité salariale ou pour obtenir un passeport.

Durant le mariage, une autre brèche au principe de l'égalité entre époux s'ajoute. C'est le cas de la polygamie. Fidèle au droit musulman classique, le législateur de 1957 s'est contenté d'encadrer la polygamie. L'article 29 de la Moudawana dispose qu'il est interdit pour un homme d'avoir simultanément un nombre d'épouses supérieur à celui autorisé par la loi et qui est de quatre femmes. Ensuite, l'article 31, alinéa 1 du même texte ajoute que si une injustice est à craindre envers les épouses, la polygamie est interdite. Mais le texte n'attribue au juge aucun pouvoir d'appréciation, cette dernière est laissée au mari, qui lui seul peut arbitrer sur une éventuelle injustice à craindre.

Cependant, il est possible que la femme insère dans l'acte de mariage une clause de monogamie, et de demander le divorce dans le cas où cet engagement serait violé. Cette interdiction contractuelle de la polygamie n'est, en pratique, que rarement stipulée.

Tout en imposant le devoir d'information de la première épouse, le CSP confie au seul conjoint la responsabilité d'informer sa femme de son acte sans aucune formalité judiciaire ou administrative. Ce Code ne sanctionne pourtant pas les manquements au devoir d'information.

⁸⁵² <http://adala.justice.gov.ma/production/legislation/fr/penal/Code%20Penal.htm>

L'article 35, alinéa 2 insiste sur l'égalité de traitement entre les épouses, de même le mari ne peut faire habiter une coépouse dans le même logement que sa première femme sans l'accord de celle-ci.

Grâce aux mutations sociales des années 70 et 80, la polygamie a eu une forte régression, mais cela n'empêche que les tribunaux étaient parfois saisis de situations exceptionnelles. C'est ainsi que le tribunal correctionnel de Meknès a jugé, le 3 avril 1975, un homme marié à huit femmes. Par ordre chronologique, le tribunal a validé les quatre premiers mariages et annulé les autres⁸⁵³.

Ainsi, le législateur marocain, sur une interprétation malékite de l'Islam, ne fait que reproduire le modèle traditionnel de la famille, patriarcale et inégalitaire dans le partage des droits et des devoirs. Cette inégalité se manifeste également au moment de la dissolution du mariage.

§2- L'inégalité des époux devant le divorce

Il existe dans la Moudawana de 1957 différentes formes de divorce plus ou moins protectrices des droits de la femme (A), aux conséquences directes sur la vie de la femme marocaine (B).

A. Les différentes formes de dissolution du mariage

Dans la Moudawana de 1957, demander le divorce est un droit réservé à la femme. L'époux, quant à lui, bénéficie de la prérogative « exceptionnelle » de répudiation.

Le CSP a opéré un retour à la répudiation pratiquée à l'époque du prophète Mohammad, en réglementant sa pratique. Partant, le ministre de la Justice affirme le 9 décembre 1957 que « pour appliquer les saints principes de l'Islam dans ce domaine et en vue de protéger la femme contre les coups du sort qui lui sont causés par une dépréciation exagérée de la valeur des liens conjugaux par le mari, toutes choses qui engendrent une anarchie et une dissolution certaine de la société, la Moudouana a voulu préciser nettement dans le détail les cas où la répudiation peut survenir »⁸⁵⁴. Ainsi, le CSP s'est voulu rigoriste quant à la formule prononçant la répudiation. L'expression de cette volonté se matérialise

⁸⁵³ MOULAY RCHID A., *La condition de la femme au Maroc*, Rabat, éd. de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat, 1985. p. 10.

⁸⁵⁴ Cité par BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 234.

soit verbalement, en termes obligatoirement explicites soit par écrit, soit encore par signes et gestes non équivoques si l'époux est illettré et muet (art. 46). Elle peut être prononcée par l'époux, comme par son mandataire ou toute personne désignée par lui (art. 44).

La répudiation doit être pure et simple. Ainsi, la répudiation sous condition est interdite et sans valeur (art.52). Cette disposition est en contradiction par rapport au dogme malékite qui, quant à lui, reconnaît la répudiation conditionnelle. Aussi, la répudiation sous serment est sans effet (art. 50).

L'élément intentionnel dans la répudiation est fondamental ; l'article 49 de la Moudawana considère sans effet la répudiation prononcée par un époux ivre, en colère ou sous la contrainte. Enfin, la répudiation au cours d'une période menstruelle est sans effet aussi et le juge doit contraindre l'époux à reprendre la vie commune (art. 47).

Afin de prévenir les répudiations abusives, l'article 15 du CSP dispose que « toute répudiation double ou triple ne vaut que comme répudiation simple, quel que soit son mode d'expression ».

Aussi, la répudiation verbale est abolie et interdite. Il faut désormais un acte formaliste enregistré par deux adouls. À partir du moment où la répudiation est prononcée, le juge avise l'épouse répudiée. Celle-ci a droit à un don de consolation (*mout'a*) (art. 60) et elle perçoit mensuellement une pension alimentaire pour contribuer à l'éducation de ses enfants. L'évaluation des droits de la femme et des enfants est laissée à l'appréciation du juge.

Même si le législateur de 1957 a voulu protéger davantage la femme et lutter contre les répudiations abusives, la pratique en révèle beaucoup de défaillances. Ainsi, Zakia Daoud rapporte que dans 67% des cas, la femme ne touche rien et le juge ne fait rien pour contrôler l'application des décisions qu'il a prises⁸⁵⁵. Les limites effectivement introduites dans la répudiation (information préalable, enregistrée devant deux adouls, don de consolation, etc.) sont rarement respectées et les chiffres de toutes les enquêtes démontrent que la porte est ainsi ouverte aux divorces répétés, lesquels sont, dans 88,37% des cas, des répudiations⁸⁵⁶.

Également, A. Moulay Rchid cite des chiffres très révélateurs en matière de répudiation. Sur 103,002 mariages enregistrés par les cadî-notaires en 1975, 32,893 se

⁸⁵⁵ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 259.

⁸⁵⁶ *Ibid.*

terminent par une répudiation. Autrement dit, cela signifie qu'un mariage sur trois finit par une répudiation⁸⁵⁷.

Le législateur de 1957 a prévu également une autre forme de répudiation prononcée cette fois-ci par l'épouse : le droit d'option. Le mari peut transférer le pouvoir répudiatoire à son épouse par le biais du *tamlík*, C'est une clause dans le contrat du mariage qui lui donne la liberté de s'autorépudier elle-même (art. 44 et 67).

L'épouse ou l'époux peuvent recourir à la dissolution du mariage par consentement mutuel et compensation (*khol*). L'initiative du *khol* revient très souvent à l'épouse, le mari utilisant pour sa part, plutôt la répudiation unilatérale. La *Moudawana* exige le consentement de l'époux que ce soit pour le divorce que pour le montant de la compensation. Pour que le *khol* soit valide et valable, l'épouse doit y consentir sans contraintes (art. 63). Le montant de cette compensation n'est pas limité, mais si la femme est pauvre, toute contrepartie sur laquelle les enfants peuvent se prévaloir d'un droit est interdite (articles 64 et 65). Ainsi, il arrive, dans la plupart des cas, que l'épouse rachète sa liberté, en assumant l'obligation d'entretien des enfants. De fait, non seulement l'épouse, mais aussi les enfants sont protégés contre les éventuelles exigences du mari qui à travers son pouvoir de répudiation absolu et unilatéral peut céder à l'abus. Dans ce sens, une circulaire du ministère de la Justice du 6 janvier 1961⁸⁵⁸ adressée aux adouls leur impose de mener une enquête sur la situation financière de la femme (qui s'engage d'assumer l'obligation d'entretien de ses enfants) aux fins d'établir la réalité de son engagement et les moyens dont elle dispose pour assurer l'entretien de ses enfants. Si l'enquête démontre son incapacité, l'engagement ne peut être enregistré. La *Moudawana* ne prévoit pas l'intervention du juge en cas de désaccord. De fait, le *khol* était assez répandu : à titre d'exemple, il représentait en 1998, 56,54% des cas de divorce prononcés au Maroc⁸⁵⁹.

Enfin, mis à part ces différentes formes de dissolution du lien matrimonial ne nécessitant pas l'intervention du juge, il existe d'autres cas où l'épouse peut saisir le juge afin de demander le divorce. Cinq motifs peuvent être invoqués par la femme pour demander le divorce : Le défaut d'entretien par le mari (art. 53), le délaissement et l'inaccomplissement de son devoir conjugal (art. 58), le vice rédhibitoire enraciné et incurable découvert après le

⁸⁵⁷ MOULAY RCHID A., *La condition de la femme au Maroc, op. cit.*, p. 49.

⁸⁵⁸ Circulaire du ministère de la justice du 6 janvier 1961, *majallat Alqada walqanoun (revue du droit et de la justice)*, n° 35-36, janvier-février 1961, p. 273.

⁸⁵⁹ *Annuaire statistique des mariages et des divorces, 1997-1998*, ministère de la Justice, p. 116. Cité par PAPI S., *L'influence juridique islamique au Maghreb*, Paris, Harmattan, 2009, p. 103.

mariage (art. 55), les sévices (art. 65 al. 1), l'absence du mari qui doit durer plus d'un an (art. 75). Toutefois, la preuve de l'existence des faits justifiant le divorce demeure difficile à établir. Une fois, le divorce prononcé, il engendre plusieurs effets personnels et patrimoniaux sur la vie des époux divorcés.

B. Les effets du divorce sur la vie de la femme marocaine

Si le divorce constitue un événement brutal dans la vie de n'importe quelle personne, il est d'autant plus grave pour la femme marocaine. Il est souvent synonyme d'instabilité et de vulnérabilité, notamment quand il y a des enfants. Les droits financiers attribués par les tribunaux à la femme divorcée sous le CSP sont largement insuffisants, et dans l'hypothèse où l'ex-mari est insolvable, la femme peut se retrouver sans ressources et dans les cas extrêmes de pauvreté absolue. Il lui arrive de se tourner vers la mendicité pour subvenir à ses besoins vitaux et à ceux de ses enfants. De plus, le régime de la séparation des biens a pour conséquence, au moment du divorce, de rendre à chaque époux ses biens propres et dans la plupart des cas les femmes n'ont aucune activité rémunérée et ne possèdent rien. Elles se retrouvent, alors, totalement démunies au moment de divorce.

Les droits financiers de la femme sont le don de consolation, l'arrière du *sadak*, la *nafaka* pendant l'*idda*, et la pension alimentaire au profit des enfants. Ainsi, l'article 179, alinéa 3 du Code de procédure civile de 28 novembre 1974 dispose que « lorsque le juge homologue un acte de répudiation, il rend d'office une ordonnance par laquelle il fixe la pension alimentaire de la femme pendant la retraite de continence, le lieu où est effectuée cette retraite, les indemnités dues à la femme, le paiement de l'arrière de la dot, la pension alimentaire des enfants et régleme le droit de visite du père... ».

Même enregistrée, la répudiation peut être révocable et le mariage continue à produire ses effets pendant la période de continence. En cas de décès de l'un des époux, l'autre est légalement son héritier et la femme a le droit de rester dans le logement familial appartenant à son mari pendant la *idda*. Si le mari s'y refuse, il doit lui assurer un logement adapté durant cette période. Aussi, le devoir d'entretien incombé au mari continue d'être due.

Concernant la garde des enfants, si l'article 99 du CSP accorde à la femme la priorité en matière de la garde des enfants, ce droit est déchu dès que la mère se remarie (art. 105) ou change de ville (art. 107). Ensuite, la mère doit être de bonne moralité (art. 98), ses mauvaises mœurs lui font perdre son droit de garde. Ainsi, le CSP maintient le principe

malékite qui considère la bonne conduite parmi les qualités essentielles devant être présentes chez la gardienne.

Enfin, la mère non musulmane ne peut garder son enfant que pendant ses cinq premières années de sa vie (art.108). Cette mesure permet d'éviter, selon le CSP, à l'enfant de grandir dans une autre religion que l'Islam.

Malgré quelques avancées de la Moudawana de 1957, ce texte nie de manière très flagrante le principe d'égalité entre les sexes proclamé pourtant par la Constitution de 1960. Ainsi, nous constatons que les principales inégalités dans le CSP sont :

- la famille est placée sous la direction du mari ;
- la femme doit être présentée par un *wali* pour conclure l'acte du mariage et ce mandataire ne peut être une femme. De plus, si le tuteur craint la mauvaise conduite de la jeune fille, il peut la contraindre à se marier ;
- Le devoir d'obéissance de la femme à son mari et de respect envers la famille de celui-ci ;
- Le droit à la polygamie au profit du mari ;
- Le mari possède l'option « exceptionnelle » de la répudiation alors que la femme ne peut engager une procédure judiciaire pour demander le divorce que dans cinq cas : pour sévices, défaut d'entretien, absence du mari, vice rédhibitoire du mari, et délaissement de la part de celui-ci.

C'est spécialement contre ces dispositions inégalitaires, fondées sur la logique de la tutelle des femmes, que le mouvement des femmes se réfère pour dénoncer la précarité de la situation des femmes au Maroc et revendiquer sa révision.

Section 2- Des statuts inégalitaires, fortement critiqués

Comme la Moudawana a été promulguée dans l'enthousiasme des premières années de l'indépendance et de son ère nouvelle, il semble être appelé à connaître des développements importants. Mais, il est très vite apparu que son texte est définitif et qu'il fallait accepter le statu quo à ce sujet. De nombreux projets de réforme ont avorté avant même d'être connus (§1). Toutefois, la naissance d'un mouvement féministe bien organisé a contribué largement à la promotion de la question des femmes (§ 2).

§1- Des tentatives de réforme avortées

Dès sa promulgation, la Moudawana a fait l'objet de critiques réformistes. Le modèle patriarcal, qui désigne le mari comme la seule et unique source de revenus au sein du foyer, ne correspond plus à la réalité. Les femmes conquièrent de plus en plus le monde du travail que ce soit par nécessité financière ou par volonté d'indépendance. Le CSP n'est plus, donc, adapté à la réalité de la vie des Marocaines. C'est ainsi qu'en 1961, un projet de réforme du CSP a été préparé au sein du ministère de la Justice par une commission composée essentiellement de présidents de tribunaux⁸⁶⁰. Malheureusement, il nous semble que ce projet n'a jamais été publié⁸⁶¹.

Quatre années plus tard, à l'occasion de la promulgation de la loi du 26 janvier 1965 sur « l'unification des tribunaux, la marocanisation de la magistrature et l'arabisation de la langue, des codes et des tribunaux » des commissions ont été instituées que ce soit pour traduire l'arsenal juridique hérité de la période coloniale ou pour réviser certaines lois. C'est ainsi que s'est créée une commission en vue de la révision de la Moudawana⁸⁶². Lors de sa première réunion du 28 juillet 1965, le ministre de la Justice Abdelhadi Boutaleb a souligné les circonstances entourant la promulgation du CSP en 1957, puisqu'il était urgent de codifier le droit de la famille pour qu'il soit à la portée de tous les magistrats. Pour lui, la pratique de ces quelques années a démontré la difficulté d'appliquer certains articles. Il fallait, alors, réviser ses articles pour mieux les adapter aux réalités de la vie sociale⁸⁶³. Il s'agit des fiançailles (art. 2), de la tutelle matrimoniale (art. 12), de l'empêchement de lactation (art. 28), des actes administratifs précédant le mariage (art. 41,42 et 43) de *dar attika* (art. 59), du *tanzil* (art. 83), de l'obligation d'entretien (art. 121, 122, 123 et 130) ou du testament obligatoire (art. 266 et 269)⁸⁶⁴. Encore une fois, aucune information n'est disponible sur les raisons de l'échec de cette tentative de réforme.

En 1979, la question de la révision de la Moudawana a été débattue au parlement. Deux députés du parti « Rassemblement National des Indépendants » (RNI), Jalal Saïd et Abdelouahad Ben Massoud, proposent de réformer les dispositions sur l'âge matrimonial, la

⁸⁶⁰ GOURRAM A., *De la Moudawana au code de la famille continuité ou rupture historique*, Thèse, Droit, Perpignan, 2010, p. 17.

⁸⁶¹ ALKHAMLI A., *Min Moudawanat alahwal achakhsiya ela Moudawanat alosra (Du code du statut personnel au code de la famille)*, Partie 1, *azzawaj (mariage)*, Rabat, Publication Maarif, 2012, p. 24.

⁸⁶² La commission est composée de : Allal El fassi, Abdellah Ganoun, Mohamed Alfarouki Errahali, Abdelouahed El Alaoui, Abdellah Daoudi, Abu bakr Gassous, Mohamed Mikou, Mohamed Benazou.

⁸⁶³ Le ministre de la justice affirme : « Le maniement quotidien de ses textes (CSP) et de ses règles aux procès intentés ont révélé la nécessité d'en réviser certains articles pour qu'ils correspondent davantage à la nature des choses et à la situation sociale des personnes ». Cité par ALKHAMLI A., *Min Moudawanat alahwal achakhsiya ela Moudawanat alosra (Du code du statut personnel au code de la famille)*, op cit., p. 24.

⁸⁶⁴ BORRMANS M., *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, op. cit., p. 257.

polygamie et la répudiation. Ils demandent également d'amender l'article 179 du Code de procédure pénale⁸⁶⁵. Cet amendement vise à accorder à la femme en instance de divorce une pension alimentaire provisoire. L'amendement sur le versement anticipé de la pension alimentaire est adopté, mais le reste des propositions n'arrive même pas au vote⁸⁶⁶.

Cependant la réforme la plus importante date de juin 1979. Une commission est constituée pour réformer quelques dispositions de la Moudawana. Il comprend deux professeurs de l'université Qaraouine, le doyen de la faculté de droit de Rabat, trois magistrats, deux oulémas et une dizaine des hauts fonctionnaires⁸⁶⁷. Les modifications apportées visaient à fixer l'âge matrimonial à 18 ans pour les femmes et à 21 ans pour les hommes, limiter les pouvoirs du tuteur matrimonial, étendre le devoir de respect aux parents de l'époux à ceux de l'épouse, placer la polygamie et la répudiation sous l'autorité du juge⁸⁶⁸... Cette tentative de réforme a fait l'objet d'une opposition très forte, à tel point qu'un érudit a menacé de quitter la salle si l'on s'attaquait au droit musulman⁸⁶⁹. Le 5 mai 1981, un représentant du ministère de la Justice déclare que le projet était en passe de sortir, ce qui n'advient pourtant jamais. Le statut de la femme est tellement ancré dans les mœurs que toute évolution continue d'être perçue comme une attaque contre l'Islam. La réforme ne verra pas le jour⁸⁷⁰. Il faudra attendre l'année 1993 pour que le CSP soit réformé, sous l'influence cette fois-ci d'un puissant mouvement de défense de droits des femmes.

§ 2. Le mouvement des femmes au Maroc et la révision de la Moudawana

« Le mouvement des femmes au Maroc se positionne comme un nouvel acteur doté d'un projet politique et social cohérent et ambitieux, à savoir celui de rétablir les femmes dans leurs droits et dans leur dignité... L'évolution de ce mouvement est intimement liée aux débats sur le statut et la condition des femmes »⁸⁷¹.

Les efforts consentis par les pouvoirs publics et par les familles en matière de scolarisation et de formation des femmes ont contribué à l'émergence d'une élite instruite

⁸⁶⁵ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 298.

⁸⁶⁶ *Ibid.*, p. 299.

⁸⁶⁷ *Ibid.*

⁸⁶⁸ *Ibid.*, p. 300.

⁸⁶⁹ *Ibid.*, p. 301.

⁸⁷⁰ *Ibid.*

⁸⁷¹ NACIRI R., « Le mouvement des femmes au Maroc », dans *Nouvelles Questions Féministes*, Février 2014, Volume 33, p. 43.

qui se positionnera, à partir du milieu des années 1980, en militants revendiquant l'égalité entre femmes et hommes dans toutes les sphères et, notamment, dans la sphère familiale⁸⁷².

Nous désignons par mouvement pour les droits des femmes, toutes les organisations (A) et les individualités masculines et féminines (B) militant pour l'amélioration de la condition féminine.

A. Les organisations de défense de droits des femmes au Maroc

Le Maroc du XX^e siècle a vu naître deux générations de mouvements de défense des droits des femmes. Trois décennies les séparent, ces deux générations sont nées à la suite de circonstances historiques différentes. Ainsi, les premières manifestations publiques de la volonté de combattre les inégalités hommes-femmes remontent à la période de libération nationale. Elles se sont intensifiées au lendemain de l'indépendance (1). Cependant, c'est durant les années Quatre-vingt que les militantes féministes prennent conscience de l'urgence de se libérer des jugs de la tutelle des partis politiques pour exprimer leurs revendications. Pendant cette période phare, les luttes féministes commencent effectivement à prendre toute leur ampleur (2).

1. Les premiers groupes de femmes sur la scène publique

Ici nous avons choisi de nous attarder sur l'expérience des deux groupes importants : le secteur féminin du parti de l'*Istiklal* (a) et l'association *Akhawat Assafa* (b). Elle correspond à la période qui s'étend des années Quarante jusqu'au début des années Soixante.

a. Les femmes *istiklaliennes*

C'est par le biais de la publication d'articles, ainsi que par l'action, que les premières femmes vont se faire entendre au sein du parti de l'*Istiklal*. La plus connue étant Malika El Fassi (1919-2007)⁸⁷³. La priorité était accordée aux questions de l'instruction des filles et à la revendication de l'indépendance supposée résoudre tous les problèmes sociaux, dont celui de la condition des femmes.

Cette mobilisation des femmes *istiklaliennes* dans la promotion de l'instruction féminine n'a pas tardé à porter ses fruits puisqu'on aperçoit une évolution significative de

⁸⁷² *Ibid.*, p. 44.

⁸⁷³ *Ibid.*, p. 47.

nombre de filles fréquentant l'école. Les statistiques de la direction de l'instruction publique mentionnent un chiffre de 15,081 pour l'année 1947, alors qu'il n'était, en 1941, que 5,398. À partir de cette date, l'accroissement de l'effectif féminin a connu un rythme accéléré⁸⁷⁴.

Ces femmes du secteur féminin de l'*Istiklal* sont presque exclusivement issues de la bourgeoisie citadine, des filles ayant bénéficié de l'enseignement dans les écoles privées mises en place par le parti. Par la suite, elles prirent l'initiative elles-mêmes d'assurer les cours d'alphabétisation, outil permettant également de sensibiliser et de conscientiser les femmes⁸⁷⁵.

Les femmes istiklaliennes ne se sont pas intéressées au droit familial. Cela est largement tributaire selon F. Zriouel et A. Roussillon « de leur conviction » que « les positions que les femmes de leur trempe (étaient) à même de construire se trouvaient beaucoup plus fortes dans la logique et les codes traditionnels c'est-à-dire ceux de leur classe que dans ceux du féminisme d'inspiration occidentale...la codification malékite qui assure un contrôle exclusif et autonome de l'épouse sur son propre patrimoine, confirmé par la Moudawana, fait une large place au contrat de mariage et autorise les femmes à se protéger contre leur propre Code du statut personnel : en stipulant par exemple le renoncement du mari à prendre une seconde épouse, en conférant à l'épouse le droit de prendre l'initiative d'un divorce ou en prévoyant le partage des biens en cas de séparation »⁸⁷⁶.

Outre le secteur féminin du parti de l'*Istiklal* quelques associations féminines ont vu le jour, comme l'association *Akhawat Assafa*.

b. L'association *Akhawat Assafa*

Fondée en 1946 par des femmes issues de la bourgeoisie fassie⁸⁷⁷, l'association *Akhawat Assafa*⁸⁷⁸ est une émanation du Parti Démocrate de l'Indépendance (PDI). Réputé par son libéralisme et par sa volonté de réforme, la question féminine tient une place importante dans le projet du parti. Ses leaders, dont Mohamed Ben El Hassan El Wazzani, prônent le lien essentiel entre l'émancipation des femmes, les libertés fondamentales et la

⁸⁷⁴ Cf. Numéro spécial du bulletin de l'enseignement public consacré à l'enseignement des fillettes musulmanes, Publication de la Direction de l'enseignement public au Maroc, 39^e année, n° 217, 1952, pp. 16-17. Cité par *Ibid.*

⁸⁷⁵ *Ibid.*

⁸⁷⁶ ROUSSILLON A. et ZRYOUIL F-Z., Être femme en Égypte, au Maroc et en Jordanie, La Courneuve, Aux lieux d'être édition, 2006, p. 86.

⁸⁷⁷ Entretien avec Malika Benradi. Rabat, 20 février 2016.

⁸⁷⁸ « Les sœurs de la transparence et de la pureté » est la traduction proposée par Zakya Daoud dans son ouvrage *Féminisme et politique au Maghreb*.

démocratie. Pour qu'une société progresse, il est nécessaire que les femmes y jouent un rôle plus important⁸⁷⁹.

Leur premier congrès tenu à Fez le 23 mai 1947, événement important rassemblant de femmes d'âge et de classe sociale différents, n'a pas manqué d'intéresser la presse arabe et africaine. Ce congrès est parfois considéré comme l'acte de naissance du « féminisme » au Maroc⁸⁸⁰.

À l'adoption du CSP en 1957, les rares réactions à l'égard de ce texte sont celles exprimées par les actrices d'*Akhawat Assafa*, dont « Souad »⁸⁸¹ qui a signé un article dénonçant les dispositions du nouveau Code. Elle y revendique même l'égalité successorale et l'abolition de la polygamie. Cet article a provoqué un tollé de critiques. Selon ses détracteurs, « Souad » accuse l'Islam d'injustice et de discrimination à l'égard des femmes⁸⁸².

En réponse, est publiée le 25 février 1957, dans l'hebdomadaire « Démocratie », une lettre adressée aux *oulémas*. L'association y pose un certain nombre de questions : « Comment admettre la discrimination entre les hommes et les femmes alors que l'Islam reconnaît leur égalité ? Pourquoi n'y a-t-il pas de femmes ministres ? Pourquoi la femme n'assiste-t-elle pas aux manifestations religieuses ? Pourquoi le père a-t-il le droit de marier sa fille et pas la mère ? Pourquoi une femme veuve et divorcée a-t-elle besoin d'un tuteur matrimonial ? Pourquoi la femme ne peut-elle voyager seule ? ... »⁸⁸³.

Ainsi, le courage dans les questions posées par ces membres de *Akhawat Assafa* les positionne comme pionnières. Leur argumentaire sera toujours d'actualité, il s'inscrit dans une démarche qui cherche à travers l'effort d'interprétation (*ijtihad*), à débarrasser le droit des commentaires stériles et dépassés et à l'adapter aux changements sociaux et à la modernité. Le premier article écrit par « Souad » est très en avance par rapport à son temps.

⁸⁷⁹ EL BOUHSINI L., « Le féminisme au Maroc : histoire d'une évolution difficile », dans *Le Féminisme face aux défis du Multiculturalisme*, Actes des Travaux du 5^e congrès des Recherches féministes dans la francophonie plurielle (Rabat les 21-25 Octobre 2008), mai 2010, p. 49.

⁸⁸⁰ *Op. cit.*, p. 50.

⁸⁸¹ Les récits sont différents à propos de l'identité de « Souad ». La plus plausible est celle d'Aïcha Elhajjami, rencontrée courant avril 2016, lors d'une journée d'étude organisée par le Centre Jacques Berque, en partenariat avec le Pôle Gouvernance de l'Ambassade de France au Maroc et la Bibliothèque nationale du Royaume du Maroc, qui nous a rapporté qu'il s'agissait de Souad El Wazzani, fille du président du Parti Démocrate de l'Indépendance.

⁸⁸² EL BOUHSINI L., « Le féminisme au Maroc : histoire d'une évolution difficile », *op. cit.*, p.54.

⁸⁸³ Certains passages de cette lettre ouverte ont été publiés dans la revue *Prologues*, numéro consacré à la réforme du droit de la famille, 50 ans de débat, hors-série, n° 2, Casablanca, 2002, p. 10-11. Cité par *ibid.*

Revendiquer l'égalité successorale dans une époque où les femmes commencent à peine à sortir de leur claustration est, à notre avis, d'une audace incomparable.

À la fin des années Cinquante, l'association cesse d'exister. Sa dépendance vis-à-vis du PDI a probablement montré ses limites dans les moments difficiles puisque l'association a payé les frais des revers subis par le parti qui n'a pas résisté aux bouleversements liés aux différents règlements de compte de l'époque⁸⁸⁴. Toutefois, l'expérience d'*Akhawat Assafa* demeure intéressante, elle constitue les prémices de la naissance du féminisme au Maroc.

2. La floraison des organisations féministes

Un peu plus tard, dans les années Soixante, l'État crée l'Union Nationale des Femmes Marocaines, organisation d'inspiration royale, sous la présidence d'honneur de la sœur du Roi, la princesse Aïcha, et la présidence effective par sa cousine la princesse Fatima-Zohra. Le but officiel de cette fondation était d'exercer une pression et de sensibiliser les pouvoirs publics par rapport aux problèmes des femmes, tout en étant « un rempart infranchissable face à l'occidentalisation »⁸⁸⁵. À part quelques programmes d'alphabétisation et de formation professionnelle, il est apparu, selon A. Roussillon et F-Z Zryouil que la principale fonction de l'UNFM était d'éviter les éventuelles initiatives concurrentes pour organiser les femmes. « Cet objectif apparaît clairement quand elle fait avorter en 1976, le projet de création, à l'initiative des militantes des partis de gauche, d'un comité de pilotage des manifestations liées à la décennie des Nations unies pour la femme »⁸⁸⁶. Parallèlement, l'État crée, en 1971, l'Association marocaine du planning familial afin d'appuyer sa politique en matière de planification familiale. Ces structures officielles sont en effet destinées à canaliser les femmes dans un cadre contrôlé et orienté par les pouvoirs publics. Jusque-là, les femmes qui souhaitaient participer à la sphère publique ne pouvaient le faire que dans les structures féminines officielles ou partisans⁸⁸⁷.

L'investissement de l'espace public pour les femmes s'est manifesté, par la suite, notamment à travers les cellules féminines des partis politiques. À partir de 1975, le climat politique au Maroc a enregistré une certaine ouverture et plus de liberté d'expression. De ce fait, les partis politiques de l'opposition (notamment les socialistes) reviennent sur la scène

⁸⁸⁴ Cf. *Ibid.*, p. 52-53.

⁸⁸⁵ Discours inaugural de Hassan II à l'occasion du congrès constitutif de l'UNFM. Cité par DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 261.

⁸⁸⁶ ROUSSILLON A. et ZRYOUIL F-Z., *Être femme en Égypte, au Maroc et en Jordanie*, op. cit., p. 89.

⁸⁸⁷ NACIRI R., « Le mouvement des femmes au Maroc », op. cit., p. 48.

politique et incitent les militantes à s'organiser en sections féminines au sein de leurs partis respectifs. Le but était de renforcer leur audience auprès des femmes⁸⁸⁸. Toutefois, ces sections féminines sont restées marginales au sein des partis de gauche. L'amélioration du statut de la femme n'est pas le centre de leurs préoccupations. Dans la lignée des courants marxistes qui refusent de distinguer les combats, le Parti Socialiste Unitaire (PSU) a refusé de faire de la lutte pour les droits des femmes une question spécifique, la lutte des classes demeure le combat essentiel⁸⁸⁹. Les femmes optent alors pour la création de leurs propres structures organisationnelles autonomes. Deux instances voient le jour dans les années Quatre-vingt, l'Association Démocratique des Femmes du Maroc (ADFM) en 1985 (issue de la section femmes du Parti pour le Progrès et le Socialisme) et l'Union pour l'Action Féminine (UAF) en 1987⁸⁹⁰ (issue des cellules féministes du parti de l'Organisation d'Action Démocratique et Populaire)⁸⁹¹. Malgré la conjoncture politique délicate des années Quatre-vingt où l'État renforce son contrôle et accentue son autoritarisme, ces associations réussissent à constituer un véritable mouvement de lutte pour les droits des femmes⁸⁹². En matière de statut personnel, les féministes ne touchent pas à l'héritage commun, ils demandent une nouvelle interprétation de la loi fondée sur l'*ijtihad* et sur les principes universels contenus dans les conventions internationales⁸⁹³. Les meetings se poursuivent dans toutes les grandes villes, ce qui a eu un impact direct sur l'opinion publique. Le mouvement se focalise, plus particulièrement, sur les contradictions contenues dans la Moudawana. Un texte dépassé par la réalité sociale et qui est devenu un facteur de déconstruction de la famille⁸⁹⁴.

La troisième organisation à voir le jour est l'Organisation de la Femme *Istiklalienne* en février 1987. Malgré le fait que cette organisation soit autonome par rapport au parti, elle

⁸⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁸⁹ NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 227.

⁸⁹⁰ « L'Union de l'Action Féminine a commencé en 1983 par la publication du premier journal féminin et progressiste au Maroc : le journal du 08 mars. Le but étant de sensibiliser l'opinion publique de la spécificité de la cause des femmes. L'UAF a été créée légalement en 1987 ». Entretien avec F. MAGHNAOUI (Présidente de l'UAF), le 19 avril 2016.

⁸⁹¹ L'OADP, est né de ce que l'on a appelé le courant du 23 mars en mémoire des émeutes de Casablanca du 23 mars 1965. Issu de la mouvance du marxisme léninisme, ainsi que de la gauche de l'USFP/UNFP, ce parti a longtemps été clandestin.

⁸⁹² ALAMI M'CHICHI H., *Le féminisme d'État au Maroc, jeux et enjeux politiques*, Paris, Harmattan, 2010, p. 27.

⁸⁹³ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 332.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

demeure fidèle à la lignée du *salafisme*⁸⁹⁵ d'Allal El Fassi. Les femmes istiklaliennes réclament la révision de la Moudawana, mais en restant conforme au droit musulman. Fait notable, à la fin des années Quatre-vingt-dix le Maroc compte une dizaine d'associations⁸⁹⁶.

La mobilisation de ces associations s'est manifestée notamment à travers la création de centres d'écoute, d'assistance juridique et d'hébergement pour les femmes, ainsi que l'organisation des campagnes de sensibilisation et plus particulièrement à la lutte contre la violence.

La mobilisation de ces associations s'est essentiellement orientée, avec l'aide d'une élite universitaire, vers le lancement d'une campagne pour la révision de la Moudawana.

B. Le soutien d'une élite universitaire

Les années 1980-1990 sont celles de la multiplication des écrits sur les femmes (1) en se focalisant notamment sur la précarité de son statut familial (2).

1. La prolifération des écrits sur la femme

Nous commençons par les écrits de la sociologue et l'universitaire Fatima Mernissi qui pour la première fois met à nu la réalité quotidienne des femmes, à partir d'enquêtes de terrain. Restant dans la logique de la lignée réformatrice, elle essaye dans son ouvrage, *Le Harem politique. Le prophète et les femmes*⁸⁹⁷, publié en 1987, de relire l'histoire de l'Islam à partir d'une perspective féministe mettant en valeur la tradition progressiste et égalitaire du prophète. Cette démarche exercera une grande influence sur d'autres intellectuels, ainsi que sur le mouvement des femmes que ce soit au Maroc ou dans l'ensemble du monde musulman⁸⁹⁸.

De plus, des groupes de recherche universitaire sur les femmes sont créés⁸⁹⁹ à la même période et des revues féministes voient le jour, à l'instar de la revue *Kalimat* (paru

⁸⁹⁵ Au Maroc, le *salafisme*, signifie le retour aux sources originelles de l'islam pour le purifier des pratiques religieuses considérées comme déviantes. Bien que le *salafisme* marocain a été associé au début à l'idée de progrès, il subira un glissement tout à fait conservateur. Les réformistes marocains œuvrent davantage à la défense des traditions qu'à une modernisation.

⁸⁹⁶ L'association marocaine des droits des femmes (AMDF, 1992), la Ligue démocratique des droits des femmes (LDDF, 1993) et puis *Joussour*, Forum des femmes marocaines (1995). À partir de la seconde moitié des années 1990 et grâce, notamment, aux débats sur le Plan d'action pour l'intégration des femmes au développement (PANIFD, 1999-2000), plusieurs autres organisations féministes ont été créées.

⁸⁹⁷ MERNISSI M., *Le harem politique le prophète et les femmes*, Paris, Albin Michel, 2010.

⁸⁹⁸ NACIRI R., « Le mouvement des femmes au Maroc », *op. cit.*, p. 50.

⁸⁹⁹ À l'instar du « groupe universitaire de recherche sur la femme et la famille » en 1983 et groupe TANIT une équipe pluridisciplinaire de recherche sur la femme dépendante de l'Université Moulay Ismaïl de Meknès.

entre 1986 et 1989) et le mensuel *8 mars* (paru en 1983, dépendant de l'UAF) qui à travers leurs publications ont pu jouer un rôle déterminant dans l'émergence de la conscience féministe au Maroc. Plus particulièrement, la rubrique « Laissez-moi la parole » de *8 mars* qui a démontré que la première souffrance des femmes est en lien avec leur statut personnel⁹⁰⁰.

D'autres publications ont vu le jour plus tardivement sous la forme de magazines féministes qui allient engagement militant et exigences commerciales, à l'instar de *Femmes du Maroc* et *Citadine*, magazines bilingues, éditées en arabe et en français⁹⁰¹. Parmi les réseaux les plus prolifiques dans le domaine de la réflexion et de l'écriture : le collectif 95 Maghreb-Egalité, qui a publié plusieurs ouvrages dans les trois langues (arabe, français et anglais)⁹⁰². Il faudra toutefois noter que la publication postindépendance a été essentiellement francophone. Le principal changement à partir de 1980 est l'émergence d'une littérature arabophone. Ce changement a ainsi permis une ouverture de la réflexion féministe marocaine sur celle du Moyen-Orient et vice-versa, ainsi qu'une grande influence sur la jeune génération qui est davantage arabophone⁹⁰³.

Dans le domaine de la recherche académique, deux thèses importantes voient le jour, ouvrant ainsi la voie à la recherche juridique sur la question : la thèse d'État d'A. Moulay Rchid, *La condition de la femme au Maroc*⁹⁰⁴, soutenue en 1985, et celle de, F. Bennani, *La division du travail au sein du couple à la lumière du droit marocain et du fikh musulman. Le sexe comme critère*⁹⁰⁵, publiée en 1993. Dans ces deux travaux de recherche, les auteurs appellent à réinterpréter autrement les textes religieux et dénoncent le CSP.

2. La dénonciation du CSP

Le mouvement de la société civile a bénéficié d'un concours sérieux de la part d'une élite de professeurs universitaires et d'intellectuels. Ils dénoncent l'anachronisme de la Moudawana de 1957 et mettent en lumière l'absence d'adaptation des textes juridiques aux pratiques sociales. Ces universitaires jugent le Code du statut personnel comme un corpus

⁹⁰⁰ Entretien avec F. MAGHNAOUI (Présidente de l'UAF), le 19 avril 2016.

⁹⁰¹ NACIRI R., « Le mouvement des femmes au Maroc », *op. cit.*, p. 50.

⁹⁰² *Ibid.*

⁹⁰³ *Ibid.*, p. 51.

⁹⁰⁴ Cf. MOULAY RCHID A., *La condition de la femme au Maroc*, *op. cit.*

⁹⁰⁵ Cf. BENNANI F., *Taqsim alamal bayna azzawjayn fi daww alkanoun almaghrebi walfikh alislami (Partage des tâches entre époux à la lumière du droit marocain et du fikh musulman)*, Marrakech, Publication de la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, 1993.

arriéré et inique pour les droits des femmes, notamment les articles relatifs à la tutelle matrimoniale, la polygamie, la répudiation et l'autorité maritale. Ils appellent les pouvoirs publics à abolir ces institutions.

La première institution jugée comme mettant des entraves à la liberté au mariage est la tutelle matrimoniale. Pour le professeur à la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de Rabat Malika Benradi, « le droit marocain qui distingue entre le consentement et son expression maintient donc l'exigence malékite d'un mandataire matrimonial chargé de représenter la femme lors de la conclusion du mariage. L'institution du *wali* qui existe dans les trois rites orthodoxes à l'exclusion du rite hanafite, a sans doute son origine dans la division sexuelle de l'espace que connaissait la société musulmane traditionnelle »⁹⁰⁶. De ce fait, selon le Professeur Benradi, la suppression de cette institution se fonde sur la méthode d'emprunt à l'école hanafite, qui sans nier ni contredire les principes de l'Islam, rendrait justice à la femme marocaine⁹⁰⁷.

Concernant la polygamie, le CSP dispose dans son article 31 al. 1, que si une injustice est à craindre envers les épouses, la polygamie est interdite. En se basant sur cet article, et sur le verset 3 de la IV^e sourate⁹⁰⁸, R. Nadifi, directrice de TANIT, une équipe pluridisciplinaire de recherche sur la femme, s'interroge sur la possibilité de supprimer purement et simplement la polygamie, car il est évident qu'il ne saurait y avoir parfaite équité entre les coépouses⁹⁰⁹.

Pour ce qui est de la répudiation, alors que le prophète Mohammad l'a condamnée comme étant permise mais répréhensible, Nadifi se demande pourquoi cette institution reste si solidement ancrée dans les mœurs⁹¹⁰. Il faudra la supprimer puisqu'elle consacre de manière flagrante la prééminence du mari dans l'acte de mariage et accentue l'instabilité de la vie familiale.

Toutes ces revendications peuvent ainsi être réalisées sans perturber la conscience de la population marocaine musulmane. Selon A. Moulay Rchid, « l'Islam n'aurait pas à souffrir de réformes pouvant établir l'égalité de droit entre hommes et femmes. Cette égalité

⁹⁰⁶ BENRADI M., « La femme marocaine et la Moudawana, tutelle et divorce », *Table ronde organisé par TANIT*, Université Moulay Ismail, Meknès, 1993, p. 20.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁹⁰⁸ « Si vous craignez d'être injustes pour les orphelins, épousez des femmes qui vous plaisent. Ayez-en deux, trois ou quatre, mais si vous craignez d'être injustes, une seule ou bien des esclaves de peur d'être injustes ».

⁹⁰⁹ NADIFI R., « Introduction », dans *La femme marocaine et la Moudawana, tutelle et divorce*, Table ronde organisé par TANIT, Université Moulay Ismail, Meknès, 1993, p. 9-10

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 9.

est non seulement compatible, mais encore elle renoue avec les réformes amorcées au début de l'islam »⁹¹¹. Pour lui, « des mesures égalitaires entre les sexes sans coupure avec l'islam et sans copie servile du modèle occidental »⁹¹² peuvent être établies. Ainsi, il n'est pas question, pour lui, de transposer le modèle occidental dans tous ses aspects positifs et négatifs, mais il faudra importer uniquement ce qu'il y a de meilleur dans le modèle étranger, sans dommage pour l'identité marocaine, et sans se renier soi-même⁹¹³.

Les efforts accomplis par le mouvement des femmes n'ont été que peu récompensés par les autorités politiques. Les cris des mouvements féministes ont permis de modifier à peine quelques articles du Code du statut personnel.

⁹¹¹ MOULAY RCHID A., *La femme et la loi au Maroc*, op. cit., p. 130.

⁹¹² *Ibid.*

⁹¹³ NADIFI R., « Introduction », dans *La femme marocaine et la Moudawana, tutelle et divorce*, op. cit., p. 13.

CHAPITRE 2- LA DÉCENNIE 1993-2003 : ÉTAPE CLÉ DANS LE PROCESSUS D'ÉVOLUTION DU STATUT DE LA FEMME

Les membres des mouvements de femmes au Maroc sont persuadés que la première souffrance des femmes est leur statut personnel⁹¹⁴. La réforme de la Moudawana devint donc le cheval de bataille des militantes féministes. L'ampleur de cette lutte s'est illustrée notamment au début des années Quatre-vingt-dix. Dans le but de réviser la Moudawana, l'UAF lance une campagne pour la collecte d'un million de signatures. Les féministes réclament notamment l'interdiction de la polygamie, la suppression du tuteur matrimonial, l'instauration du divorce judiciaire... Ayant un impact immédiat sur l'opinion publique, la pétition atteint en quelques mois un million de signatures malgré une contre-campagne menée par le courant conservateur.

Le Roi en sa qualité de Commandeur des Croyants intervient en 1993 et modifie à peine quelques articles de la Moudawana. Ces modifications sont mineures (section 1), toutefois, elles renforcent l'énergie des associations féministes dans leur lutte pour une réforme globale (section 2).

Section 1- 1993 : Des réformes mineures pour une portée symbolique majeure

La première réforme de la Moudawana de 1993, réussit à désacraliser un texte qui demeure jusque-là considéré comme immuable. Nous nous interrogeons sur les facteurs contribuant à cette réforme (§1) ainsi que sur son contenu (§2) ?

§1- L'appel à la révision

C'est l'ADFM, qui lance la première initiative pour la réforme de la Moudawana. À l'occasion de son congrès de fin décembre 1991 à Rabat, il annonce la création du collectif Maghreb-Egalité 95 avec 15 membres fondateurs⁹¹⁵. Ce collectif élabore une plateforme en

⁹¹⁴ Fatima Maghnaoui, présidente de l'UAF nous rapporte lors de notre entretien du 19 avril 2016 : « À partir du journal 08 mars, et de la rubrique « laissez-moi la parole » et des enquêtes de terrain qu'il s'est établi que la première souffrance des femmes était leur statut personnel. Alors la première bataille pour l'UAF est devenue la réforme de la Moudawana ».

⁹¹⁵ « Trois associations algériennes, l'*Égalité*, la *Promotion* et *Triomphe*, les femmes démocrates tunisiennes et l'Afturd, l'ADFM pour le Maroc et des personnalités féministes indépendantes, Alya Chamari et Souad Triki pour la Tunisie, Imane Hayef, Wassima Tamzali pour l'Algérie, Chérifa Alaoui, Farida Bennani, Nadira Berkallil et Rabéa Naciri pour le Maroc » (DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 330).

vue de la préparation d'une codification unitaire, alternative et non discriminatoire⁹¹⁶. Leur slogan est « Pas d'Union de Maghreb Arabe sans les femmes et sans les droits de l'homme ». Leur objectif étant d'exercer une pression sur les instances maghrébines pour appliquer les conventions internationales et notamment la convention de Copenhague, et promettant d'élaborer des livres blancs sur toutes les problématiques liées aux droits des femmes⁹¹⁷. Cependant, l'action la plus remarquable menée par les femmes marocaines est celle du lancement par l'UAF d'une pétition réclamant le changement de la Moudawana.

Les révisions de 1993 ont été considérées comme l'aboutissement direct de la campagne d'un million de signatures (A) avec l'intervention du roi en tant que Commandeur des Croyants (B).

A. Un million de signatures

Le 3 mars 1992, lors de son discours du trône, le roi promet des réformes constitutionnelles. En même temps, l'Union de l'Action Féminine (UAF), par le biais de son journal *08 mars*, lance une pétition réclamant le changement de la Moudawana (1). Le but était de collecter un million de signatures. Toutefois, dès qu'on s'approche du « domaine du sacré », le droit familial en l'occurrence, le débat s'annonce violent (2).

1. Le lancement de la campagne

En mars 1992, lors d'une journée d'étude sur *la femme, la démocratie et la société civile*, l'UAF décide de lancer la campagne d'un million de signatures. Le 5 mars elle transmet une lettre au parlement y revendiquant la suppression du tuteur matrimonial et de la polygamie, la coresponsabilité des époux, la suppression *de facto* de l'autorité maritale, l'alignement de l'âge de la majorité matrimoniale pour la femme sur l'âge de la majorité légale fixée à 21 ans, l'abolition de la répudiation auquel succéderait le divorce judiciaire...⁹¹⁸. Deux jours plus tard et à l'occasion d'une conférence de presse, l'UAF annonce son objectif de réunir un million de signatures en vue de la révision de la

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 331.

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ Cf. BELHADJ BOUFENDI L., *La condition féminine au Maghreb post indépendant : étude comparée : Algérie Maroc et Tunisie*, op. cit., p. 207-208.

Moudawana⁹¹⁹. D'autres organisations féminines rejoignent le mouvement par la suite ainsi que les sections féminines des partis politiques.

Les différents acteurs de la campagne des « un million de signatures » ont créé un comité national de « coordination pour le changement de la *Moudawana* et pour la défense des droits des femmes »⁹²⁰.

Hormis le fait que les acteurs sont unanimes à propos de l'incompatibilité de la Moudawana avec les changements sociaux ainsi qu'avec les textes internationaux, des divergences sont nées entre les différentes composantes⁹²¹. Les istiqlaliennes et les Usfpistes⁹²² sont gênées par les réticences de leurs partis. Les premières se retirent de la coordination. Une organisation professionnelle (le comité de la femme ouvrière), à l'inverse, rejoint la coordination⁹²³. Par la suite, des contacts sont pris avec des femmes syndicalistes de la CDT, des professeurs universitaires et des avocats. Pour réunir un grand nombre de personnes autour de la campagne du million de signatures⁹²⁴.

D'autre part, la coordination voudrait que les pouvoirs publics ratifient les conventions internationales sur les femmes et qu'il y ait prépondérance des lois internationales sur les lois internes. Elle demande enfin la création d'un conseil des droits des femmes et des mesures encourageant leurs candidatures aux élections⁹²⁵.

La campagne d'un million de signatures est menée activement. Elle s'est illustrée notamment par l'organisation de congrès, la distribution de pétitions, des appels dans le 8 mars, des porte-à-porte. Un engagement spontané est déclenché, mais, de l'autre côté, il va susciter des réactions d'hostilité.

2. Les réactions face à la pétition

Si les organisations féminines et les femmes en général sont enthousiastes à l'idée de réformer le CSP, les journaux de la mouvance islamiste (Ar-Raya ou Ennour, Assahwa, oua

⁹¹⁹ Lors de ce communiqué de presse, l'UAF réclame également l'égalité successorale. Mais cette revendication disparaît de la lettre ouverte adressée au parlement et aux partis politiques et du texte de la pétition. Cf. EL HOR Z., *Islah kanoun alosra bilmaghreb : almasar walmanhajiya (Réforme du droit de la famille au Maroc : Méthodologie et processus)*, Casablanca, La Nouvelle Imprimerie de réussite, 2015, p. 47.

⁹²⁰ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte, op. cit.*, p. 333.

⁹²¹ *Ibid.*

⁹²² La section féminine de l'Union Socialiste des Forces Populaire.

⁹²³ Qui vient de se créer à l'Union Marocaine du Travail, les sections féminines du nouveau parti de la renaissance et du socialisme, issu d'une scission de l'USFP et des indépendantes.

⁹²⁴ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte, op. cit.*, p. 333.

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 334.

Kraiya) jouent un rôle déterminant dans la mobilisation de l'opinion publique contre la révision de la *Moudawana* et publient des *fetwas* accusant d'apostasie le mouvement des femmes⁹²⁶. La plus virulente est celle de Mohamed al Habib Tujkani, professeur à la faculté de théologie de Tétouan et à l'université *Qaraouyne* qui taxe les femmes féministes d'apostasie et appelle à l'application de la peine de mort contre elles⁹²⁷. Selon ce professeur, les règles de polygamie, de tutelle et des successions sont immuables puisqu'elles sont énoncées dans le Coran et la Sunna et le fait de s'attaquer à ces règles ne peut être que le fait des apostats⁹²⁸.

Pour la mouvance islamiste, l'appel à la révision de la *Moudawana* n'est qu'une « conspiration de la gauche marxiste contre l'Islam, de complot contre les Arabes, de croisade antireligieuse, d'occidentalisation » ; elle fait « référence au *dahir* berbère et appelle à poursuivre en justice les auteurs de la campagne »⁹²⁹.

Face à cet enchaînement d'accusations pouvant à tout moment dégénérer vers la violence, les féministes reçoivent le soutien de l'Organisation Marocaine des Droits de l'Homme (OMDH). Dans sa déclaration du 24 avril 1992, l'OMDH rappelle que le CSP n'est qu'une loi positive et qu'il est possible de demander son amendement. L'organisation rappelle la liberté d'expression garantie par la Constitution et les conventions internationales ratifiées par le Maroc. L'OMDH regrette les *fetwas*, qui incitent au meurtre, attitude qu'elle considère comme inadmissible. Elle en appelle enfin au dialogue démocratique et au respect mutuel⁹³⁰.

L'atmosphère générale s'est rapidement dégradée, notamment après l'introduction d'autres associations féministes et le comportement de quelques imams de mosquées qui ont essayé d'entraîner l'opinion publique contre la campagne de révision de la *Moudawana*. Cette tension sociale, pouvant à tout moment dégénérer, a amené Hassan II à intervenir.

⁹²⁶ BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la *Moudawana*: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », dans *Féminin-masculin: la marche vers l'égalité au Maroc 1993-2003*, Friedrich Ebert Stiftung, 2004, p. 33.

⁹²⁷ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 336.

⁹²⁸ TAJKANI M-H., *Kadiyat Moudawanat alahwal chakhsiya Belmaghreb (La question du code du statut personnel au Maroc)*, Librairie Najah Eljadida, 1994, p. 21-22.

⁹²⁹ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 336-337.

⁹³⁰ EL HOR Z., *Islah kanoun alosra bilmaghreb : almasar walmanhajiya (Réforme du droit de la famille au Maroc : Méthodologie et processus)*, op. cit., p. 50.

B. L'intervention royale

Le 20 août 1992, à l'occasion de « la fête du roi et du peuple »⁹³¹, le roi affirme : « j'ai entendu et écouté les plaintes au sujet de la Moudawana ou de son application. Sache, ma chère fille, femme marocaine, que la Moudawana est d'abord une affaire qui relève de mon ressort. C'est moi qui porte la responsabilité de la Moudawana. Femme marocaine, adresse-toi à moi, écris au cabinet royal, associations féminines, adressez vos observations, vos critiques, doléances et ce qui vous paraît nuire à la femme et à son avenir, au Roi du Maroc, qui, en tant que commandeur des croyants, a compétence pour appliquer et interpréter la religion »⁹³². Le Roi reconnaît qu'il existe des lacunes et des discriminations injustes dans la Moudawana. Toutefois, il prévient les féministes qu'il n'est pas souhaitable de mêler ces problèmes à la bataille politique⁹³³. Pour conclure, il promet de consulter les oulémas : « je réunirai un groupe d'Oulémas à qui je demanderai de me préparer une réponse et de me faire des suggestions sur les points contenus dans vos rapports. Certaines propositions vous seront soumises, et si les deux parties parviennent à se mettre d'accord, nous procéderons alors à l'amendement nécessaire des articles de la Moudawana, dans le but de parvenir à une situation meilleure. À défaut de cet accord, vous ne vous rencontrerez plus, car je ne veux pas que l'on dise que l'homme s'est dressé contre la femme. Si vous ne parvenez pas à une entente, je prendrai alors la responsabilité qui m'incombe en tant qu'*Amir Al Mouminine* qui respecte la religion et la Sunna »⁹³⁴.

Il lance donc une commission, pour la révision de la Moudawana, composée essentiellement d'oulémas et présidée par son conseiller Abdelhadi Boutaleb. Ses membres sont deux conseillers royaux, deux ministres, ceux de la Justice et des Affaires islamiques, un membre de l'académie du Royaume, quatre membres des conseils régionaux des oulémas, quatre professeurs en science religieuse, le président de la *Qaraouine*, le secrétaire général du conseil consultatif royal des droits de l'homme, ainsi que deux hauts magistrats et trois professeurs de droit dont A. Khamlichi⁹³⁵. La composante majoritairement religieuse de la commission ne laisse pas entrevoir de réels changements.

⁹³¹ Commémorant le départ en 1953 de la famille royale pour l'exil.

⁹³² Cité par BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la Moudawana: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », *op. cit.*, p. 34.

⁹³³ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte, op. cit.*, p. 341.

⁹³⁴ Cité par BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la Moudawana: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », *op. cit.*, p. 34-35.

⁹³⁵ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte, op. cit.*, p. 343.

Le 29 septembre 1992, et pour la première fois dans l'histoire du Maroc, le roi Hassan II appelle les associations féminines. Malheureusement, la délégation reçue par le roi et qui est présentée par un communiqué du palais comme «représentative des mouvements, organisations et associations des femmes marocaines» était composée essentiellement des membres de l'UNIFEM, association d'inspiration royale, et ne comprend aucune des animatrices de la campagne pour un million de signatures⁹³⁶, coupables selon A. Roussillon et F-Z Zryouil «de ne pas avoir compris qu'en matière de statut personnel ce n'était pas au Parlement qu'il fallait s'adresser comme l'avaient fait les pétitionnaires, mais bien au Commandeur des Croyants»⁹³⁷. Dans son discours devant ces associations, le monarque explique qu'il existe dans la religion musulmane des questions susceptibles de faire l'objet d'un *ijtihad* dont il est seul à pouvoir se porter garant⁹³⁸. Les organisations féministes, qui contestent en aparté la représentativité des invitées, envoient des missives au cabinet royal et attendent en vain la réponse⁹³⁹.

Après sa première réunion du 15 octobre 1992, de nombreuses séances de travail ont eu lieu. Celles-ci ont permis de modifier certains articles de la Moudawana. Le texte final est adopté par le parlement et promulgué par le dahir portant loi n° 193-347, en date du 10 septembre 1993.

C. Contenu et limites de la réforme

La réforme introduite par le dahir du 10 septembre 1993 modifie neuf articles sur 216. Les dispositions du CSP révisées sont celles relatives au consentement de l'épouse au mariage, à la tutelle matrimoniale, à la garde des enfants, à la polygamie et à la répudiation.

Tout d'abord, le consentement de l'épouse au moment de la conclusion de l'acte du mariage doit être explicite et public. Ce consentement s'exprime par la signature de l'épouse, qui devient désormais une formalité obligatoire. L'article 5 du CSP est complété par l'alinéa 1^{er} qui dispose que «la validité du mariage est subordonnée au consentement de la future épouse et de sa signature au bas de l'extrait d'acte de mariage dressé par les deux adouls instrumentaires (cadis notaires) ... ».

⁹³⁶ ROUSSILLON A. et ZRYOUIL F.-Z., *Être femme en Égypte, au Maroc et en Jordanie*, op. cit., p. 93.

⁹³⁷ *Ibid.*, p. 93.

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 92.

⁹³⁹ DAOUD Z., *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, op. cit., p. 342.

S'agissant de la tutelle matrimoniale, le CSP révisé a apporté une modification : les femmes orphelines de père peuvent désormais se marier sans l'entremise d'un tuteur. Selon l'alinéa 4 de l'article 14⁹⁴⁰, elle est libre de décider : elle peut contracter mariage elle-même, comme elle peut mandater librement un tuteur. Cependant, celles dont le père est vivant demeurent soumises à l'institution de la tutelle. Celle-ci d'après l'alinéa 2 du même article⁹⁴¹, conditionne la validité de son mariage. Ainsi cet article institue une forme de discrimination entre la femme orpheline de père et celle dont le père est encore vivant.

Le dahir du 10 septembre 1993 conditionne la pratique de la polygamie au respect de certaines règles ; le mari doit obligatoirement requérir l'autorisation d'un juge, ce dernier n'autorise pas la polygamie si une injustice est à craindre entre les coépouses (article 30 al.4 révisé). Le législateur n'a pas précisé les critères pris en compte par le juge pour apprécier l'existence ou non d'une injustice, la jurisprudence limite cette notion à un critère purement matériel ; ainsi si le mari a les moyens financiers de fonder plus d'un foyer, l'autorisation lui sera accordée⁹⁴². Aussi, depuis 1993, c'est au juge qu'il incombe le devoir d'information de la première épouse, mais le manquement de cette obligation n'est pas sanctionné. Certes cette réforme minime de la polygamie n'a pas été à la hauteur des aspirations, mais elle a érigé un certain nombre d'obstacles en vue de la contrôler et la prévenir.

En ce qui concerne la répudiation, l'article 48 révisé précise que : « la répudiation doit être attestée par deux notaires (adoul) et qu'elle n'est prononcée qu'en présence des deux parties et après autorisation du juge. Il est passé outre à la présence de l'épouse si elle reçoit convocation et ne se présente pas et si le mari insiste sur la réalisation de la répudiation ». L'intervention du juge atténue d'une certaine façon le caractère unilatéral de cet acte.

La présence des deux témoins n'est pas une condition à la signature de la répudiation, mais un simple moyen d'attester qu'elle a eu lieu. Aussi, la présence de l'épouse a pour but juste de l'informer avant l'enregistrement de la répudiation. Cet enregistrement ne peut avoir lieu que si la femme est présente ou en est simplement informée. Toutefois, par sa présence l'épouse peut exercer son droit de défense et s'il s'est avéré au juge que la répudiation est injustifiée, l'épouse bénéficie d'une prise en considération de ses préjudices dans l'évaluation

⁹⁴⁰ L'alinéa 4 de l'article 14 révisé dispose « La femme majeure orpheline de père peut conclure elle-même le mariage ou déléguer à cette fin l'un des tuteurs matrimoniaux ».

⁹⁴¹ L'alinéa 2 de l'article 14 révisé dispose « La femme mandate son wali pour la conclusion de l'acte de mariage ».

⁹⁴² PAPI S., *L'influence juridique islamique au Maghreb*, Paris, Harmattan, 2009, p. 210.

du don de consolation. Désormais, dans l'évaluation de la *moutaa*, le juge tient compte de la situation du mari et de celle de l'épouse, mais aussi, en cas de répudiation abusive, « des préjudices susceptibles de toucher la femme »⁹⁴³ .

S'agissant de la garde des enfants, la réforme de 1993 donne la priorité au père par rapport aux parents de l'épouse et le place après la mère. « La garde de l'enfant fait partie des obligations mises à la charge du père et de la mère, tant qu'ils demeurent unis dans le mariage. En cas de dissolution du mariage, la garde de l'enfant est confiée en priorité à la mère puis dans l'ordre aux personnes suivantes : le père de l'enfant, la grande mère maternelle ». De surcroît, cette réforme apporte une modification à la durée de la *hadana* dans son article 102 : « La garde dure pour le garçon jusqu'à l'âge de 12 ans et pour la fille jusqu'à l'âge de 15 ans... »⁹⁴⁴.

De plus, par rapport aux formalités administratives préalables au mariage, le législateur a complété l'article 41 et a exigé la production d'un certificat médical attestant que les futurs époux ne sont pas atteints de maladies contagieuses. Parallèlement, il a modifié l'article 1248⁹⁴⁵ du droit des obligations et des contrats et les articles 179⁹⁴⁶ et 494⁹⁴⁷ du Code de procédure civile.

Même si nous constatons que le législateur marocain a opéré par le biais de la réforme de 1993 des avancées sur divers plan (le consentement au mariage, le rôle du tuteur matrimonial, la polygamie, la répudiation, la pension alimentaire et la représentation légale), ces mesures n'étaient pas à la hauteur des aspirations des associations féministes. Ces dernières considèrent que cette réforme demeure en rupture avec le principe de l'égalité et

⁹⁴³ Article 52 bis du code du statut personnel révisé.

⁹⁴⁴ Le nouvel article 102 marque une nette évolution par rapport à l'ancien, lequel, conformément à la tradition malékite, prévoyait que la garde pour la fille dure jusqu'à la consommation du mariage et pour le garçon jusqu'à la puberté.

⁹⁴⁵ La dot, la pension alimentaire ainsi que le don de consolation sont désormais considérées comme des créances privilégiées. Ils viennent en troisième position après les dépenses de l'enterrement et les factures médicales du défunt.

⁹⁴⁶ L'article 179 du dahir du 10 septembre 1993 il indique qu'en matière de *nafaka*, il est statué sous forme d'urgence, et les ordonnances qui se rapportent à cette matière doivent être exécutées, nonobstant toutes voies de recours.

⁹⁴⁷ Article 494 concernant la distribution des sommes de la saisie-arrêt, la non-comparution du tiers saisi ou son défaut de déclaration comporte condamnation exécutoire à son encontre, des retenues non opérées et des frais. Le dahir du 10 septembre 1993 précise que les dispositions de cet article ne sont pas applicables aux jugements et des ordonnances prononcés en matière de pension alimentaire.

la philosophie des droits de l'homme. De plus, elle ne correspond pas à la réalité quotidienne et aux évolutions sociales qu'a connues la famille marocaine⁹⁴⁸.

En somme, cette réforme est insuffisante, car elle ne constitue pas une amélioration nette de la condition féminine, toutefois elle a permis la désacralisation du CSP qui était jusque-là un droit considéré comme immuable⁹⁴⁹. L'opinion publique est désormais convaincue du fait qu'on peut modifier les textes, rendant possible la perspective d'une réforme globale.

Section 2- La lutte pour une réforme globale

Au lendemain de la réforme de 1993, les associations féministes jugent les modifications apportées au CSP largement insuffisantes. Elles se demandent comment peut-on continuer à régir les relations familiales, dans la dernière décennie du XX^e siècle, par des règles de la doctrine malékite élaborées au VIII^e siècle. La réalité sociale ne correspond plus à ces principes. La loi religieuse doit être examinée à la lumière du contexte actuel.

Cinq années après la réforme de 1993, l'État décide de prendre en compte les principales revendications des féministes et lance en 1998 le Plan d'Action National pour l'Intégration des Femmes au Développement (PANIFD). Ce plan va nouvellement provoquer un débat sur le référentiel (§1). Un débat qui dure quatre ans et aboutit à l'adoption du Code de la Famille en 2004 (§2).

§1. Le Plan d'Action National pour l'Intégration des Femmes au Développement : le référentiel, une source d'échec

L'affaire du Plan d'Intégration de la Femme au Développement (PANIFD), qui a occupé le devant de la scène de la société marocaine durant les années 1999 et 2000 correspond, selon Z. Daoud, au mode de traitement des problèmes dans la transition marocaine de la fin des années 1990⁹⁵⁰.

En effet, dès 1995, lors de la conférence internationale de la femme de Pékin, les féministes du Maroc, de l'Algérie et de la Tunisie rédigent un code alternatif intitulé « Les

⁹⁴⁸ Cf. BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la Moudawana : de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », *op. cit.*, p. 41-47.

⁹⁴⁹ Entretien avec F. Maghnaoui, présidente de l'UAF, 19 avril 2016.

⁹⁵⁰ DAOUD Z., « Le plan d'intégration de la femme. Une affaire révélatrice, un débat virtuel », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, XXXVIII, 1999, p. 245.

100 mesures et dispositions pour une codification maghrébine égalitaire du statut personnel et du droit de la femme ». Tout en s'appuyant sur le Code de la famille tunisien, le texte le dépasse en revendiquant l'égalité successorale⁹⁵¹.

La conférence internationale de Pékin promet de soutenir les mouvements féministes qui feraient appel à l'ONU et ses organismes annexes pour les aider à se conformer aux recommandations de la conférence⁹⁵². En 1997, Z. Nasri, secrétaire d'État chargée de l'entraide nationale, sollicite la banque mondiale et effectivement un responsable de cet organisme, chargé du programme « gender » dans la région de l'Afrique du Nord et du Moyen-Orient, lui présente en janvier 1998 un projet de préparation d'un plan pour l'intégration des femmes au développement⁹⁵³. Z. Nasri organise un atelier de réflexion, rassemblant les départements ministériels concernés, 17 représentantes des associations féministes et des personnes-ressources, afin d'élaborer un plan d'action qui peut améliorer la condition des femmes⁹⁵⁴.

Le plan sera élaboré effectivement par Saïd Saadi, secrétaire d'État à la protection sociale, à la famille et à l'enfance avec l'aide des associations féministes (notamment l'UAF, l'AMDF⁹⁵⁵ et l'ADFM⁹⁵⁶). Le soutien matériel et financier est assuré par la banque mondiale. À part les mesures édictées par le plan, c'est son référentiel qui est la cause de son échec (A) et de controverses (B).

A. L'échec du PANIFD

Le 19 mars 1999, en présence du vice-président de la banque mondiale, le Premier ministre, A. Youssfi, annonce officiellement les mesures du Plan d'Action Nationale pour l'Intégration de la femme au développement (A). Malheureusement, face à une réaction virulente, le gouvernement est contraint de retirer le plan (B).

1. Les propositions novatrices du PANIFD

Le PANIFD est innovant, car il adopte une approche méthodologique nouvelle « l'approche genre ». Celle-ci s'efforce d'analyser les rapports sociaux de genre et

⁹⁵¹ *Ibid.*

⁹⁵² *Ibid.*

⁹⁵³ *Ibid.*

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ Association Marocaine pour les Droits des Femmes.

⁹⁵⁶ Association Démocratique des Femmes du Maroc.

d'identifier à partir de là les mécanismes sociaux qui sont à la base des souffrances et des inégalités que subissent les femmes⁹⁵⁷.

La deuxième innovation majeure du PANIFD selon Saïd Saadi réside dans « l'adoption d'une démarche participative, pragmatique et consensuelle. L'aspect participatif du projet est illustré par l'implication directe du mouvement associatif et des ONG dans les travaux d'élaboration et de finalisation du plan... Par ailleurs, le consensus de tous les partenaires... a toujours été recherché aussi bien au niveau des termes prioritaires que des mesures à proposer »⁹⁵⁸.

Ce plan met l'accent sur quatre champs prioritaires ; l'éducation⁹⁵⁹, la santé⁹⁶⁰, l'emploi⁹⁶¹ et le statut juridique. Il s'agit de prendre des mesures urgentes pour accompagner les changements sociaux, et de moderniser le statut de la femme. Le projet ambitieux proposé par le PANIFD vise notamment à lutter contre l'analphabétisme des femmes, à l'amélioration de la qualité de leur santé, à l'intégration socio-économique de la condition féminine par le travail salarié et enfin à la refonte radicale du droit de la famille. En cette

⁹⁵⁷ SAADI S., « L'expérience marocaine d'intégration de la femme au développement », p. 3. Téléchargeable sur codesria.org

⁹⁵⁸ *Ibid.*

⁹⁵⁹ « À titre d'exemple, le plan propose en matière d'éducation les mesures suivantes :

- Mettre en œuvre au féminin la nouvelle stratégie d'alphabétisation.
- doter l'alphabétisation des femmes d'un appui politique, financier et institutionnel.
- concevoir et mettre en œuvre un programme d'alphabétisation des femmes dans le cadre de l'objectif global (500.000/an)
- alphabétiser les femmes salariées dans le cadre du « Programme de renforcement des capacités de base des salariés en entreprise ».
- alphabétiser les femmes rurales et femmes urbaines non salariées dans le cadre de projets intégrés et valorisants pour les femmes. » (LAMADDEB B, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille, op.cit.*, p. 53).

⁹⁶⁰ « En matière de santé reproductive et d'hygiène, le plan propose certaines mesures comme :

- La mise en place d'un programme national unique, des programmes régionaux et des cellules provinciales de Santé reproductive.
- l'amélioration de la formation des professionnels de la santé
- l'amélioration du taux d'accouchement en milieu hospitalier
- la prise en charge des cas de MST chez la femme
- la sensibilisation des groupes vulnérables.
- la prise en charge de cas d'avortement et de grossesses extraconjugales » *op. cit.*

⁹⁶¹ « Parmi les mesures proposées en matière d'emploi :

- L'ouverture d'un débat national sur l'ampleur de la situation actuelle des femmes en termes de pauvreté humaine et sur les méfaits de cette situation pour le Maroc.
- assurer l'équité voire la parité de moyens entre homme et femme dans le cadre des programmes en cours de lutte contre la pauvreté en milieu périurbain (Marrakech, Casablanca, Tanger).
- intégrer de façon explicite une place équitable aux femmes salariées dans le cadre du projet de "développement des compétences de base des salariés en entreprise".
- améliorer l'insertion des femmes diplômées lauréates de formations considérées comme "masculines".
- développer une stratégie en faveur de la création et du développement des micros et petites entreprises faiblement capitalistiques. Dans le semi-urbain et l'urbain ». *Ibid.*

matière, le plan propose la fixation de l'âge du mariage légal à 18 ans pour les deux sexes, l'abolition de la tutelle matrimoniale pour les femmes majeures, l'interdiction de la polygamie, la substitution de la répudiation au divorce judiciaire, le partage équitable des biens accumulés tout au long de la vie conjugale entre époux en cas de divorce, la conservation du droit la garde pour la mère en cas de remariage... Comme en 1993, le plan a été violemment critiqué. Les conservateurs se fondent sur le fait que ce projet est imposé par la banque mondiale, portant ainsi atteinte à la famille marocaine musulmane.

2. La réplique face au PANIFD

Durant les années 1999 et 2000, le PANIFD est devenu le sujet principal qui agita la société marocaine. Entre informations et rumeurs, l'argument principal pour rejeter le plan est son hostilité à la religion musulmane et à l'identité marocaine (a). Le gouvernement choisit alors de retirer le plan afin d'apaiser les tensions (b).

a. La campagne anti-plan

Comme le plan propose de supprimer certaines institutions traditionnelles à l'instar de la polygamie ou de la répudiation, il a été perçu par les traditionalistes comme menace contre la famille et l'identité marocaine. Les islamistes rejettent l'immixtion de l'Occident, par le biais des organisations internationales, dans les affaires internes du Maroc. La banque mondiale, le financeur du plan, est d'emblée accusée d'instiguer un « complot mondial contre l'Islam ». La place minime accordée au référentiel musulman dans le PANIFD pose un problème selon eux. Toute réflexion sur la famille devant se baser sur ce référentiel.

Alors qu'il est proposé par le gouvernement, le plan divise même au sein de l'exécutif. La commission scientifique du ministère des Affaires islamiques est la première instance qui a critiqué les mesures proposées pour réformer le CSP. Elle adresse au ministère chargé de la famille un rapport détaillé de quarante pages, expliquant les points de vue des oulémas sur les mesures proposées par le plan⁹⁶². Le rapport débute par quatre remarques préliminaires :

- Il reproche aux propositions d'être très largement inspirées par le droit européen de la famille.

⁹⁶² BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la *Moudawana* : de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », *op. cit.*, p. 56.

- Il souligne que le fait de s'interroger sur la *charia* et son incapacité à prendre en compte les mutations sociales, l'impératif du développement et les exigences de la démocratie rendent le projet coupable de vouloir marginaliser les sources islamiques dans l'élaboration du droit de la famille.

- Il insiste sur le fait que *l'ijtihad* ressort des attributions des oulémas et non des associations féministes, trop acquises au modèle de la famille occidentale et ne maîtrisant pas les instruments de *l'ijtihad*.

- Enfin, le rapport conteste l'utilisation abusive et avec un sens perverti de certains termes comme la tolérance et l'ouverture⁹⁶³.

Le rapport rejette par la suite toutes les propositions en vue de la réforme du CSP. Le relèvement de l'âge du mariage va pousser les jeunes filles à commettre la fornication. La tutelle matrimoniale doit être maintenue puisque le mariage n'est pas une affaire personnelle, mais une affaire qui concerne toute la famille. Il rejette également le divorce judiciaire, et la suppression de la polygamie⁹⁶⁴. Pour conclure, la commission rappelle que le Maroc est un pays musulman, que le Roi est le Commandeur des Croyants et c'est à lui qu'il revient de réformer la Moudawana⁹⁶⁵.

À l'occasion d'une séance parlementaire sur la question, le ministre des *habous* et des Affaires islamiques rappelle que l'interprétation des textes sacrés relève du ressort des oulémas: « les magistrats, les avocats, les psychiatres et assimilés ne peuvent en aucun cas avoir le niveau requis pour réviser les textes de loi tels que la Moudawana...le débat sur la libération de la femme n'est qu'une sorte de revanche sur des bases laïques qui dans sa démarche et dans son contenu est une des facettes de la guerre civilisationnelle menée contre la renaissance islamique. Tous ces rapports visent à faire de la femme musulmane une photocopie conforme de la femme occidentale. Une société où ont disparu les valeurs de croyances, de respect et de moralité et se sont débridés les instincts de satisfaction, de débauche et de liberté absolue, qui annoncent la fin de la civilisation contemporaine »⁹⁶⁶. Il mène parallèlement une campagne contre le plan et mobilise différents moyens et institutions : les oulémas, les mosquées, signature de pétition, etc. Les détracteurs du plan se réunissent et créent une instance commune « l'Organisation pour la Protection de la

⁹⁶³ *Ibid.*

⁹⁶⁴ DAOUD Z., « Le plan d'intégration de la femme. Une affaire révélatrice, un débat virtuel », *op.cit.*, p. 247-248.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, p. 248.

⁹⁶⁶ Cité par *Ibid.*

Famille ». Son but est « de lutter contre l'invasion néo-impérialiste culturelle et économique que connaît le Maroc »⁹⁶⁷. À part les islamistes du Parti Justice et Développement (PJD) et les hommes politiques traditionalistes, cette organisation inclut certaines personnalités socialistes⁹⁶⁸. La campagne anti-plan amena le gouvernement à retirer le plan.

b. Le retrait du plan

En réponse à cet acharnement contre le plan, cent personnalités féminines, notamment des intellectuelles et des cadres adressèrent une lettre ouverte au Premier ministre et un front composé des ONG féministes, celles des droits de l'homme, des partis de gauche, des syndicats se créa pour soutenir le plan⁹⁶⁹. Mais ce dernier resta en sommeil ; il ne sera pas examiné par le gouvernement ni porté devant le parlement. Les partis de la coalition gouvernementale, tout en soutenant officiellement le plan dans leurs organes de presse, voyaient s'exprimer en leur sein des opinions divergentes à l'égard de celui-ci⁹⁷⁰. Les féministes estiment que le plan est en panne. Ceci est dû au manque de courage et de vision claire de la part du gouvernement qui n'a rien fait depuis mars 1999 pour le défendre. Seules les associations le défendent alors que c'est un plan du gouvernement⁹⁷¹.

Le gouvernement fait donc marche arrière et cherche le compromis. Au moment de l'ouverture à Rabat du 4^e congrès du PJD devant toute la classe politique réunie, M. Saadi annonce la constitution d'un conseil national de la femme qui ne verra jamais le jour et reconnaît « Nous avons péché par négligence, nous n'avons pas assez médiatisé le plan »⁹⁷².

Pire encore, le 9 février 2000, le Parti Progrès et Socialisme (PPS) et le PJD se rencontrent et signent un communiqué commun où il est question de « la nécessité de consolider les conditions de la transition dans un contexte de stabilité politique et sociale »⁹⁷³. Les deux partis s'invitent à dialoguer pour « éviter les dérives provoquées par des interprétations divergentes ». Un consensus est trouvé par l'entente sur la création d'un comité de travail chargé d'étudier le plan dans ses détails afin d'aboutir à un compromis⁹⁷⁴.

⁹⁶⁷ BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la *Moudawana*: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », *op. cit.*, p. 57.

⁹⁶⁸ « Lahbib Forkani, membre du bureau exécutif de l'USFP, a qualifié le plan de « fille illégitime, de fille sioniste » née dans les bureaux de la Banque mondiale et des institutions internationales. Il a ajouté que « ce plan est le résultat de la volonté des grandes puissances qui veulent imposer la laïcité » » (*Ibid.*, p. 61).

⁹⁶⁹ DAOUD Z., « Le plan d'intégration de la femme. Une affaire révélatrice, un débat virtuel », *op. cit.*, p. 250.

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ *Ibid.*

⁹⁷² *Ibid.*, p. 251.

⁹⁷³ *Ibid.*, p. 252.

⁹⁷⁴ *Ibid.*

Le ministre des Affaires islamiques essaye d'apaiser les tensions et appelle les prêcheurs des mosquées à faire preuve de modération. Ainsi nous pourrions estimer le débat terminé et le plan quasi enterré⁹⁷⁵.

Mais les opposants au plan ne désarment pas, ils mobilisent à Casablanca, le 12 mars 2000, bien plus de monde que les féministes et progressistes à Rabat le même jour⁹⁷⁶, pour protester contre la révision de la Moudawana. Près d'un demi-million de personnes dont une grande proportion de femmes dénoncent la désagrégation de la famille, l'incitation à la débauche et l'immixtion de l'occident.

En cherchant toujours le consensus, le Premier ministre socialiste A. Youssfi nomme une commission de vingt personnalités de différentes affinités politiques afin de réviser la Moudawana. Mais les principaux défenseurs du plan, notamment l'UAF et le LDDF n'ont pas été sollicités. Cette commission est annulée seulement quelques heures avant sa réunion du 12 mai 2000⁹⁷⁷.

En somme, nous constatons que le vrai débat qui jalonne le processus de la révision de la Moudawana est celui du référentiel à partir duquel le Maroc pouvait entamer le changement du droit de la famille et l'amélioration du statut de la femme.

B. La confrontation autour du référentiel

Pendant la période coloniale, le colonisateur français n'a pas cherché à imposer sa législation au Maroc, il s'est contenté d'une politique non interventionniste en matière familiale, privilégiant la stabilité de l'ordre public et l'exploitation du pays à sa prétendue « mission civilisatrice ». L'Islam a donc constitué le principal référentiel à partir duquel a été établi le droit du statut personnel. Dans le même sens, le premier Code du statut personnel marocain datant de 1957 est une codification respectueuse du droit musulman, constituant ainsi le symbole d'une identité marocaine qui a résisté au colonisateur. Dans les années 1980-1990, des voix s'élèvent en revendiquant l'ouverture sur le référentiel international en matière familiale. Depuis, dès que l'on parle de réforme du droit de la famille, la question du référentiel est au centre du débat entre trois composantes de la société marocaine : les traditionalistes, qui plaident pour que le droit musulman soit la référence

⁹⁷⁵ *Ibid.*

⁹⁷⁶ La marche comprend en première ligne des leaders de l'USFP, dont certains ministres, du PPS, dont le secrétaire d'État à la famille, et des ONG autour des associations féminines.

⁹⁷⁷ ALKHAMLICHI A., *Min Moudawanat alahwal achakhsiya ela Moudawanat alosra (Du code du statut personnel au code de la famille)*, Partie 1, *azzawaj (Le mariage)*, Rabat, Publication Maarif, 2012, p. 31.

unique à toute révision du CSP (1), les laïcs qui appellent à une séparation entre le religieux et le droit (2), et enfin les modernistes qui prônent une relecture du rite malékite pour l'adapter au changement sociétal et au droit international (3)⁹⁷⁸.

1. Le droit musulman comme référentiel unique

Le droit musulman est la seule source de législation en matière familiale. Cette vision du droit familial est partagée par des partis politiques comme le PJD, des organisations islamiques comme Équité et Don de Soi (*al adl wa ihssan*) et Réforme et Unicité (*al islah wa attawhid*), et certains oulémas⁹⁷⁹. Pour ce courant des conservateurs, rien ne peut égaler la vision islamique de la famille. C'est au nom de la *charia* que les conservateurs prennent la défense de la femme et des valeurs familiales. Ils craignent de voir le modèle occidental envahir la société marocaine et réussir finalement à changer son âme⁹⁸⁰. Le seul référentiel admissible pour eux en matière familiale est le référentiel islamique.

Afin de préserver l'identité culturelle de la société marocaine, toute réforme de la *Moudawana* n'est possible que dans le cadre de l'*ijtihad*, qui doit se faire en respectant les procédés méthodologiques unanimement admis par les juristes musulmans.

Dans leur rhétorique, imiter l'occident engendrera certainement la perte de l'identité des femmes et la désagrégation de la famille marocaine. Les islamistes véhiculent une image dépréciée de la famille occidentale et qui est la conséquence de la revendication du droit à l'égalité et particulièrement de l'investissement des femmes dans l'espace public au détriment de leur responsabilité essentielle, à savoir celle de s'occuper de leurs familles⁹⁸¹. Ils prônent le retour aux sources et aux valeurs originelles.

Parallèlement, un nouveau courant est apparu, promouvant la séparation entre le religieux et l'État et refusant par conséquent la référence religieuse de la loi du statut personnel.

⁹⁷⁸ Nous avons choisi de les regrouper en trois catégories, d'autres auteurs les ont regroupés en deux voire quatre courants. Cf. EL HOR Z., *Islah kanoun alosra bilmaghreb : almasar walmanhajiya (Réforme du droit de la famille au Maroc : Méthodologie et processus)*, Casablanca, La Nouvelle Imprimerie de réussite, 2015, p. 40-41.

⁹⁷⁹ LAMADDEB B., *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, op.cit., p. 48.

⁹⁸⁰ *Ibid.*

⁹⁸¹ BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la Moudawana: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », op. cit., p. 59.

2. Le droit musulman : le rejet absolu

Selon le courant moderniste laïc, proposer des solutions aux problèmes des femmes en se référant à la religion est un contresens puisque les textes sacrés consacrent eux-mêmes leur infériorité par rapport aux hommes et, de ce fait, la solution ne peut venir que par la voie de la modernité et en opérant une rupture avec la pensée religieuse. Il préconise donc de débarrasser le droit de la famille de toute référence religieuse et de supprimer toutes les lois internes qui ne seraient pas conformes à la philosophie des droits humains, reconnus comme patrimoine universel⁹⁸².

Ce courant condamne la référence religieuse des lois au Maroc et refuse à l'*ijtihad* sa place dans la libération de la femme. Le professeur Houria Alami M'Chichi déclare que « dans un monde qui fonctionne sur une base sécularisée, l'utilisation de référent religieux insuffisamment clarifié aggrave les difficultés rencontrées par les femmes à penser leur situation »⁹⁸³. De plus, l'interprétation par le biais de l'*ijtihad* n'est possible qu'en présence des textes ayant un sens vague et imprécis. Les textes coraniques clairs ne peuvent être interprétés autrement⁹⁸⁴. L'universitaire Mohamed Moaqit affirme clairement, dans un colloque organisé à Rabat sur « la question féminine et le rôle de l'*ijtihad* » que « le projet intellectuel de l'émancipation de la femme musulmane est un projet qui par la rupture paradigmatique qu'il implique ou qu'il suppose déborde les limites de l'*ijtihad* pour s'inscrire dans « un lieu » intellectuel et sociologique non théologique »⁹⁸⁵.

Toutefois, la conviction que l'amélioration de la condition des femmes dans l'espace familial ne peut se faire pour diverses raisons, que de l'intérieur du champ religieux et en recourant à l'*ijtihad*, a contraint les modernistes laïcs à infléchir leurs positions vers plus de conformisme⁹⁸⁶. L'appartenance aux partis politiques qui ont dirigé le gouvernement d'alternance présidé par A. Youssfi, a contribué à l'atténuation du discours moderniste radical au point de se fondre dans le courant moderniste modéré qui promeut conjointement le référent international et le référent islamique⁹⁸⁷.

⁹⁸² *Ibid.*, p. 60.

⁹⁸³ ALAMI M'CHICHI H., *Genre et politique au Maroc. Les enjeux de l'égalité homme-femme entre islamisme et modernisme*, Paris, Harmattan, 2002. p. 120.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 119-120.

⁹⁸⁵ MOAQIT M., « L'Ijtihad peut-il libérer la femme musulmane ? », *Question féminine et rôle de l'Ijtihad*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Jousour, Ed. Obvision, 2000. p. 66.

⁹⁸⁶ BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la Moudawana: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », *op. cit.*, p. 61.

⁹⁸⁷ *Ibid.*

3. Le droit musulman : la relecture d'une référence non absolue

L'autre courant que l'on peut qualifier de moderniste modéré soutient que l'on peut libérer la femme tout en demeurant conformes aux principes religieux. Il faudra juste réinterpréter autrement les textes scripturaires. L'essence du message religieux étant d'établir la justice sociale et l'égalité de tous les êtres humains, rien ne s'oppose à l'effort d'adaptation du discours religieux aux mutations sociales afin de rendre à la femme la place qui lui est offerte dans le message coranique. Il appelle à l'*ijtihad*, à l'innovation, dans la fidélité de l'esprit des textes.

Cependant, l'*ijtihad* n'est pas vu de la même manière par toutes les composantes de ce courant. S'il est pour certains un outil visant à réactualiser la *charia* pour l'adapter aux temps modernes puisque celle-ci est valable pour tous les temps et tous les lieux, pour d'autres, adhérer à l'*ijtihad* n'est qu'un moyen de légitimer, par le référentiel religieux, l'ouverture à la modernité⁹⁸⁸. Ces derniers sont, en effet, convaincus qu'il n'est pas possible de procéder à la révision de la Moudawana autrement.

Ensuite se pose la question de la délimitation de l'*ijtihad*, de son étendue ainsi que de ses méthodes d'application. Plusieurs tendances sont apparues. M. Benradi en distingue trois : une première catégorie préconise de mettre à l'écart toutes les interprétations élaborées jusqu'à maintenant par les jurisconsultes musulmans et la relecture des textes sacrés en les interprétant à la lumière de l'intérêt commun (*al masslaha al ama*) et de l'évolution de la société. D'autres font l'apologie du rite malékite en mettant en avant son côté rationnel, fondé sur l'intérêt général (*al masslaha al morssala*), d'autant plus qu'il représente un acquis historique pour tous les Marocains qu'il faut préserver. D'autres encore, procèdent par sélection en ne retenant dans les quatre grandes écoles que les *fetwas* et les avis qui correspondent à la notion de droits humains telle qu'elle est mentionnée dans les traités et conventions internationaux. Une dernière tendance, qui est une survivance du courant moderniste laïc, demande de revoir les règles de l'*ijtihad* et interpréter même les textes « catégoriques », d'autant plus que la règle « Pas d'*ijtihad* en présence du texte » n'est pas un texte scripturaire. D'autres, à l'instar de M. Benabdalaoui⁹⁸⁹, vont plus loin en niant même l'existence de textes catégoriques, puisque, sémantiquement, aucun texte n'a de signification

⁹⁸⁸ BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la Moudawana: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », *op. cit.*, p. 61.

⁹⁸⁹ BENABDALAOUI M., « Annas dini wakariouh (Le texte canonique et son lecteur) », *Questions féminines et rôle de l'Ijtihad en Islam*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Joussour, Ed. Obvision, 2000, p. 52-57.

définitive et absolue. Le sens du texte peut être appréhendé différemment selon l'intention et l'idéologie du lecteur⁹⁹⁰.

Le débat sur le projet de PANIFD est une expérience unique dans l'histoire du Maroc et qui a été à l'origine du nouveau Code de la famille. Il constitue l'aboutissement d'un débat qui a mobilisé l'opinion publique pendant plus de quatre ans. Le nouveau code constitue un progrès indéniable. Il est considéré comme une étape importante visant à ancrer, progressivement, le principe de l'égalité homme-femme dans la législation familiale.

§ 2- La réforme du CSP : le consensus autour du référentiel

Lors de son discours du 20 août 1999, le Roi a déclaré : « Comment assurer progrès et prospérité à une société alors que ses femmes, qui en constituent la moitié, voient leurs droits bafoués et pâtissent d'injustice, de violence et de marginalisation, au mépris du droit à la dignité et à l'équité que leur confère notre sainte religion ? »⁹⁹¹. Ainsi, la question féminine fut traitée dans le cadre religieux (A) tout en alliant Islam et modernité (B).

A. L'inscription de la réforme dans le référent religieux

Face à l'unité des conservateurs contre le projet du PANIFD, les différents composants du mouvement féministe ont senti le besoin de se coordonner. Ils créent courant mars 2001 et en urgence, le collectif « printemps de l'égalité ». Celui-ci englobe une dizaine d'organisations de femmes, dont l'association démocratique des femmes marocaines (ADFM), l'union pour l'action féminine (UAF) et la ligue démocratique pour la défense des droits des femmes (LDDF). À l'instar des islamistes, le collectif « printemps de l'égalité » va également recourir à l'arbitrage royal pour régler l'impasse à laquelle le débat sur la Moudawana a abouti⁹⁹². Ainsi, en demandant l'arbitrage royal, les conservateurs sont confiants que le nouveau Roi ne pourra déroger à l'exemple de son père, qui a chargé en 1993 les oulémas des révisions du CSP. Cependant, les modernistes recourent à l'arbitrage royal, puisqu'il est décelé un penchant à la modernité chez le jeune souverain⁹⁹³.

⁹⁹⁰ BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la *Moudawana*: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », *op. cit.*, p. 61-63.

⁹⁹¹ Cité par LAMADDEB B, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, *op.cit.*, p. 57.

⁹⁹² *Ibid.*

⁹⁹³ BENRADI M., « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la *Moudawana*: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », *op. cit.*, p. 67.

Le Maroc ne connaît pas le principe de stricte séparation des pouvoirs tel qu'il est théorisé par Montesquieu. La monarchie marocaine s'implique dans le fonctionnement de toutes les institutions de l'État. Pouvoir exécutif incontesté, le roi intervient également dans le processus législatif. Ainsi, comme il préside le Conseil des ministres, il peut proposer des textes et s'imposer en source de loi. Il est enfin pouvoir judiciaire, puisque les jugements sont rendus en son nom et il préside le Conseil Supérieur de la Magistrature⁹⁹⁴. Enfin, le roi est commandeur des croyants (*Amir almouminin*). Il combine ainsi la légitimité spirituelle et la légitimité temporelle ; une double légitimité qui lui confère la mission de s'occuper personnellement de la bonne marche des affaires publiques⁹⁹⁵. L'impasse politique causée par le débat autour du PANIFD a contraint le gouvernement à se retirer, l'enjeu religieux prédominant dans cette affaire le faisait entrer dans le domaine des prérogatives royales. D'autre part, l'article 19 de la constitution de 1996⁹⁹⁶ confère au souverain de larges pouvoirs afin de garantir la stabilité et la continuité de l'État.

Le Commandeur des Croyants est vu comme le mieux placé pour défendre les valeurs d'un Islam progressiste et tolérant⁹⁹⁷. Dans ce contexte, le monarque accueille le 5 mars 2001, les représentantes des partis politiques et des associations féministes. Madame S. Belmir, présidente de chambre à la Cour Suprême et membre du Conseil Constitutionnel s'exprime devant le Roi au nom des composantes de la société civile féministe : « Nous sommes profondément reconnaissantes à Votre Majesté d'avoir bien voulu accepter notre demande de nous présenter devant vous ». C'est ensuite, « au nom de toutes les organisations féminines que nous sollicitons de notre Maître, Commandeur des croyants, protecteur de la religion et garant fidélité des droits des individus et des groupes, de donner ses instructions hautes et lumineuses pour une plus grande équité à l'égard des femmes marocaines »⁹⁹⁸. C'est ainsi qu'en tant que Commandeur des Croyants d'une part, et, d'autre part, en tant que « protecteur des droits et libertés des citoyens, groupes sociaux et collectivités », le Roi s'érige en représentant d'une partie importante de la société civile (les femmes). Ainsi,

⁹⁹⁴ BROUKSY O., « Le processus d'adoption de la Moudawana entre la prééminence du roi et la lassitude du parlement », *Annuaire de l'Afrique du nord*, tome XLI, CNRS éditions, 2003, p. 238.

⁹⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁹⁶ ARTICLE 19 : « Le Roi, Amir Al Mouminine. Représentant suprême de la Nation, Symbole de son unité, Garant de la pérennité et de la continuité de l'État, veille au respect de l'Islam et de la Constitution. Il est le protecteur des droits et libertés des citoyens, groupes sociaux et collectivités. Il garantit l'indépendance de la Nation et l'intégrité territoriale du Royaume dans ses frontières authentiques ».

⁹⁹⁷ EL HOR Z., *Islah kanoun alosra bilmaghreb : almasar walmanhajiya (Réforme du droit de la famille au Maroc : Méthodologie et processus)*, *op. cit.*, p. 88.

⁹⁹⁸ Cité par BROUKSY O., « Le processus d'adoption de la Moudawana entre la prééminence du roi et la lassitude du parlement », *op.cit.*, p. 238.

s'ajoute implicitement à sa fonction d'arbitrage politique, une autre forme d'arbitrage sociétale⁹⁹⁹.

Cette réforme, entreprise par le Roi, est insérée dans le cadre de l'évolution du droit musulman. Il était recommandé à la commission royale chargée de la préparation de la réforme de formuler des propositions compatibles à la fois avec l'identité musulmane du Maroc et avec les engagements internationaux du pays. « La mission de l'*ijtihad* » tel est le mot d'ordre que le Roi Mohamed VI a assigné à la commission consultative de la révision de la Moudawana¹⁰⁰⁰. Il lui a été préconisé d'exercer l'effort d'interprétation du *fikh* en prenant en compte les impératifs contemporains et les engagements internationaux souscrits par le royaume en matière des droits humains. Dans son discours annonçant les réformes, le Roi s'est positionné entièrement dans une perspective de droit musulman sciemment adaptée aux exigences de la modernité¹⁰⁰¹.

B. L'aboutissement à un consensus autour de la réforme

Le 27 avril 2001, le Roi annonce la création d'une commission consultative chargée de réformer la Moudawana. Celle-ci est composée d'oulémas et de juristes au nombre de seize, dont trois femmes (magistrate, professeur en médecine et sociologue). La présidence de la commission a été dévolue au président de la Cour suprême D. Dahak. Dans son discours, devant la commission, le monarque a souligné l'importance de l'action « perspicace et le travail de pionnier » de Mohamed V et de Hassan II. Grâce à eux « un certain nombre de gains en matière de droits pour les femmes marocaines ont été réalisés. Parmi eux se trouvait la réforme introduite, en 1993, pour améliorer le Code du Statut Personnel ». Toutefois, il a reconnu l'application incorrecte de la réforme de 1993 et a ensuite critiqué la société marocaine en raison de son « manque d'imprégnation des principes de l'Islam dans les relations familiales ». Il a enfin appelé à « combiner de manière créative le respect de nos principes religieux, qui constituent l'essence même de notre identité, à l'harmonie de l'esprit de l'époque, caractérisé par l'universalité des droits de l'homme, dans le cadre de l'Ijtihad »¹⁰⁰².

⁹⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰⁰ ALAMI M'CHICHI H.,

¹⁰⁰¹ LAMADDEB B., *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, *op.cit.*, p. 57.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 59.

¹⁰⁰² Cité par ALKHAMLICHI A., *Min Moudawanat alahwal achakhsiya ela Moudawanat alosra (Du code du statut personnel au code de la famille)*, *op. cit.*, p. 34.

Parallèlement, les organisations féministes multiplient les mémorandums et les pétitions pour maintenir la pression sur la commission de la réforme de la Moudawana. Il faudra toutefois noter que « la commission de la Moudawana organisait également des audiences pour rencontrer et écouter les organisations féminines. L'UAF allait dans les tribunaux et a collecté 10,000 cartes postales (résumé de la souffrance des femmes) pour en faire une sorte de lobbying auprès de la commission. Ces collectes furent présentées à la commission lors de l'audience »¹⁰⁰³.

Les islamistes se sont alors montrés plus conciliants. Les attentats qui ont eu lieu le 16 mai 2003 à Casablanca et les arrestations qui ont suivi ont eu pour effet de réduire progressivement la présence islamiste sur la scène politique. Les associations féministes ont su profiter de l'occasion.

Dès sa création, plusieurs mémorandums ont été adressés à la commission. À commencer par celui du collectif « Printemps pour l'Égalité » insistant notamment sur la révision d'un principe fondamental de la Moudawana, à savoir le devoir d'obéissance de l'épouse en contrepartie du devoir d'entretien de l'époux, un principe archaïque qui confine la femme dans un statut de mineur à vie¹⁰⁰⁴. Un second mémorandum est remis au Premier ministre en avril 2003, sous la forme d'un diagnostic sur la condition féminine, accompagnée de propositions de règles toutes inspirées du PANIFD¹⁰⁰⁵. Enfin un mémorandum est adressé au Roi lui-même en juin 2002, concernant l'inquiétude des associations quant à la tournure conservatrice que prend la réforme de la Moudawana, notamment à la suite de la nomination de M. Boussetta, l'une des principales figures du parti de l'*Istiklal*¹⁰⁰⁶. Certains se demandent si D. Dahak n'a pas été substitué par un « crypto salafiste » à la présidence de la commission pour la révision de la Moudawana¹⁰⁰⁷.

Vers la fin de l'été 2003, la situation est à nouveau dans l'impasse. Le collectif « Printemps de l'Égalité » s'insurge contre la résistance de la commission et son hostilité à

¹⁰⁰³ Entretien avec F. Maghnaoui, présidente de l'UAF le 19 avril 2016.

¹⁰⁰⁴ ROUSSILLON A. et ZRYOUIL F.-Z., *Être femme en Égypte, au Maroc et en Jordanie*, op. cit., p. 100

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁰⁶ LAMADDEB B, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, op.cit.,p. 60. Sur la nomination de Boussetta J.P Bras explique : « Sans surprise, les travaux de la commission s'enlisent et le rapport rendu fin 2002 est un constat de désaccords. Le roi relance le processus en nommant à la tête de la commission, en remplacement de Driss Dahak, l'ancien président de l'*Istiqal*, M'Hammed Boucetta, dès janvier 2003. Certes, Boucetta ne fait pas forcément figure de réformateur dans le champ du statut personnel – il s'inscrit dans la filiation directe d'Allal El-Fassi –, mais il a toujours été considéré comme un partenaire fiable de la monarchie et sa désignation présente l'avantage d'impliquer très directement l'*Istiqal* dans la réforme » (BRAS J.P, « La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : Quelles avancées pour la démocratie ? », *Revue critique internationale*, n° 37, avril 2007, p. 108).

¹⁰⁰⁷ROUSSILLON A. et ZRYOUIL F.-Z., *Être femme en Égypte, au Maroc et en Jordanie*, op. cit., p. 100.

l'intégration de certaines mesures telles que la suppression de la répudiation ou de la polygamie¹⁰⁰⁸. De fait, début septembre 2003, lors de la remise du rapport au souverain, les associations féministes ont fait part publiquement de leur inquiétude et de leurs critiques quant aux méthodes de travail de Bousetta¹⁰⁰⁹.

Le 10 octobre 2003, à l'occasion de l'ouverture de la première session parlementaire, le Roi Mohammed VI annonce les grands axes de la réforme de la Moudawana. Les nouveautés sont : la consécration du principe de la responsabilité conjointe des époux dans la famille, l'établissement d'un âge minimum pour le mariage (18 ans pour les deux sexes), la tutelle matrimoniale devient simplement facultative pour la femme majeure, la limitation de la polygamie, la judiciarisation de la répudiation, etc.

Lors de son discours devant les parlementaires, Mohamed VI rappelle qu'il agit en tant qu'*Amir Elmominin* et s'adresse à la communauté des croyants. Toutes les règles proposées ont un fondement scripturaire. Pour chaque mesure de la réforme, il fait référence tantôt à un verset coranique, tantôt à un hadith prophétique.

En somme, nous considérons que la question du référentiel est primordiale au Maroc. Le référent international était la cause directe de l'échec du PANIFD, alors que le référent religieux est un élément de consensus qui a abouti à la réforme du droit de la famille. Ainsi, les islamistes ont approuvé les mesures proposées par le roi en vue de la réforme de la Moudawana, pourtant celles-ci ne diffèrent pas substantiellement des propositions contenues dans le PANIFD. Le PJD explique son changement de position par le fait qu'il avait demandé l'arbitrage royal et qu'il a obtenu satisfaction¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, p. 100.

¹⁰¹⁰ LAMADDEB B, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, op.cit., p. 61.

Conclusion

Pour conclure, nous considérons que la Moudawana de 1957 constitue une simple codification du rite malékite en n'introduisant que des innovations minimales. Le CSP s'était vu comme une forme de préservation de l'identité marocaine contre les viols de la colonisation.

Depuis cette date, le droit du statut personnel et la condition juridique de la femme marocaine évoluent lentement et difficilement sur un terrain où la religion est prégnante. En effet, analyser les différentes étapes de la révision de la Moudawana a mis en évidence, à chaque étape, l'importance du référentiel religieux. Toutefois, ces réformes, notamment celle de 1993, ont permis de désacraliser un texte considéré jusque-là comme inaltérable puisqu'issu du droit divin. Il faut remarquer que cette question du référentiel, de son auteur, de l'immutabilité du droit et de l'*ijtihad* a déjà suscité, comme on l'a vu précédemment, des questionnements parmi les juristes coloniaux, du moins en Algérie et suite, notamment, au travail d'enquête sur les coutumes au Maroc. Pour revenir, aux réformes des années Quarante-vingt-dix, même si elles sont apparues comme insuffisantes, elles ont eu pour effet -sans doute non anticipé- de rendre la société civile marocaine plus dynamique, en mesure de peser sur les décisions gouvernementales.

De surcroît, c'est au Maroc qu'un mouvement féministe est parvenu à désacraliser la Moudawana. En s'unissant avec des franges du gouvernement, les organisations de défense des droits des femmes ont pu tout en se fondant sur les sources islamiques, ouvrir le débat sur la nécessité de réformer et de rénover le droit de la famille.

En parallèle, un élan moderniste a soufflé sur la monarchie après le décès du souverain Hassan II. Le roi Mohamed VI, dès le début de son règne en 1999, innove dans ses décisions et véhicule l'image d'un roi ouvert et désireux de moderniser le pays sur tous les aspects. Il adopte en 2003 un nouveau Code de la Famille moderne, tout en respectant la loi islamique.

TITRE II- LA MOUDAWANA DE 2004 : UNE CONCEPTION RÉNOVÉE DU STATUT DE LA FEMME AU RISQUE DES PRATIQUES

Les mutations sociales qu'a connues le Maroc, caractérisées notamment par le passage du modèle de la famille élargie à celui de la famille conjugale, appellent les pouvoirs politiques à adapter le droit à ces changements¹⁰¹¹. En avril 2001, le Roi Mohamed VI, nomme une « commission consultative pour la réforme du Code » sous la présidence d'Idriss Dahak, le premier président de la Cour Suprême¹⁰¹². Même si elle est composée en grande majorité de *foukahas*, cette commission compte parmi ses membres des hauts magistrats et pour la première fois, trois femmes (magistrate, sociologue et médecin). La révision de la Moudawana relevait de la seule compétence masculine auparavant.

Dans son discours du 10 octobre 2003 devant le Parlement, le monarque présente les grandes lignes de la réforme de la Moudawana élaborée par cette commission. Le texte sera ensuite discuté au Parlement. Il est définitivement adopté à l'unanimité par les deux chambres le 03 février 2004¹⁰¹³.

Le nouveau Code de la Famille (CF)¹⁰¹⁴ représente l'effort de concilier trois exigences : le respect du référentiel islamique, le respect des droits humains inscrits dans les conventions internationales que le Maroc a signées et ratifiées et la prise en compte des

¹⁰¹¹ *Ibid.*

¹⁰¹² Les membres sont au nombre de 15 : Ibrahim Ben Sadik : président du Conseil Scientifique de Tanger ; Mustapha Benhamza : président du Conseil Scientifique d'Oujda ; Achbihana Hamdati Macalaynayn : président du Conseil Scientifique de Kénitra ; Ahmed Alkhamlichi : directeur de Dar alhadith alhassaniya, Ahmed Azrak : Professeur à l'Université Quaraouin ; Hassan Abadi, professeur à l'Université de Charia d'Agadir ; Mohamed Taouil : professeur à l'Université Quaraouin, Mohamed Ben Mazouz Elmazghani : professeur à l'Université de droit de Fès ; Mohamed Dradbi : président de la chambre du statut personnel à la Cour Suprême ; Abdelali Aboudi : président de la première chambre à la Cour Suprême ; Mohamed Alajrawi : président de la chambre du statut personnel à la Cour Suprême au paravent ; Mohamed Skali : président de la chambre du statut personnel à la Cour Suprême au paravent ; Zhour Elhor : conseillère à la Cour Suprême ; Rahma Bourquia : doyen de la faculté des lettres de Mohammadia ; Nezha Gassous : professeur à la faculté de médecine.

¹⁰¹³ Loi n° 70-03, *dahir* (décret royal) n° 1.04.22 du 12 Hija 1424 (3 février 2004) *Bulletin officiel*, n° 5184 du 5 février 2004, 417 et s ; version française : *Bulletin officiel*, n° 5358 du 2 ramadan 1426 (6 octobre 2005), p. 667 et s.

¹⁰¹⁴ Les matières formant le corpus du Code de la famille se présentent comme suite : Chapitre préliminaire : les dispositions générales, livre I : le mariage, livre II : la dissolution du mariage et ses effets, livre III : la procréation et ses effets, livre IV : La capacité et la représentation légale, livre V : le testament, livre VI : Les successions, livre VII : Des dispositions transitoires et finales.

mutations et des réalités quotidiennes de la société marocaine¹⁰¹⁵. Ainsi, ce texte a réussi à allier Islam et modernité dans une réforme globale.

Le CF de 2004 constitue une révolution juridique, culturelle et politique dans l'histoire du Royaume chérifien. C'est au Maroc qu'un mouvement féministe a réussi à convaincre la classe politique et plus particulièrement le Roi Mohamed VI de la nécessité de réformer le droit du statut personnel. Néanmoins les résistances à cette réforme sont bien présentes (Chapitre 1). Le système judiciaire se situe alors en première ligne lorsqu'il s'agit de surmonter ces résistances et de traduire dans la réalité sociale les objectifs fixés par le CF (Chapitre 2).

¹⁰¹⁵ EL HAJJAMI A., *Le Code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire*, Marrakech, Service de coopération et d'action culturelle, Ambassade de France au Maroc, 2009, p. 17.

CHAPITRE I- DES ACQUIS JURIDIQUES, CONTRARIÉS PAR LA RÉALITÉ SOCIOCULTURELLE

Dans son discours devant le parlement en date du 3 février 2004, le Roi Mohamed VI déclare : « Pour notre part et conformément aux engagements internationaux du Royaume du Maroc, nous avons pris l'initiative d'adopter un Code de la Famille qui consacre l'égalité entre l'homme et la femme, garantit les droits de l'enfant, met un terme à toutes les formes d'injustice à l'égard des femmes, préserve leur dignité, protège l'unité et la cohésion de la famille, tout en veillant à ce que la femme soit véritablement intégrée dans le processus de développement national »¹⁰¹⁶.

Ainsi, un certain nombre d'objectifs assignés au nouveau CF sont déclarés dans ce discours. Quels sont alors les apports du CF pour la femme marocaine (section 1) ? Et comment ces acquis sont-ils perçus par la société en général et par les juges en particulier (section 2) ?

Section 1- Des réformes importantes, mais limitées

Le législateur de 2004 redéfinit la relation matrimoniale sur un modèle égalitaire (§1). Toutefois, par souci de ne pas enfreindre le droit musulman¹⁰¹⁷, le législateur a laissé subsister quelques discriminations (§2).

§1. La consécration du principe d'égalité des époux

Dans l'ensemble, les conditions de validité du mariage (A), ainsi que les droits et les devoirs de chaque époux (B) sont les mêmes, aussi bien pour les hommes que pour les femmes.

A. L'égalité des futurs époux devant le mariage

L'idée d'égalité conjugale transparaît dans un certain nombre de dispositions de la réforme de 2004, à commencer par celles relatives à la conclusion du contrat de mariage.

¹⁰¹⁶ Cité par ALAMI M'CHICHI H., *Le féminisme d'État au Maroc, jeux et enjeux politiques*, Paris, Harmattan, 2010, p. 79.

¹⁰¹⁷ Dans son discours du 10 octobre 2003 le Roi affirme : « je ne peux, en ma qualité d'Amir El Mouminine, autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très-Haut a autorisé ». Ainsi, il existerait dans le corpus de règles à fondement religieux, un axe immuable, dont le Commandeur des croyants serait nécessairement le gardien.

Ainsi l'article 19 de la Moudawana mentionne : « la fille et le garçon âgés de 18 ans grégoriens révolus et en possession de leurs capacités mentales ». Selon cette disposition, la capacité matrimoniale est identique aussi bien pour l'homme que pour la femme. Le candidat ou la candidate au mariage doivent avoir 18 ans révolus. Cette mesure vise notamment à assurer la protection des jeunes filles contre les mariages forcés et les mariages précoces à l'origine d'un arrêt prématuré de leur scolarité. Toutefois, l'article 20 du même Code prévoit une possibilité de dispense d'âge, sollicitée auprès du juge, celui-ci rendant une décision motivant l'intérêt et les raisons justifiant la dispense. Cette demande de dispense doit être signée conjointement par le mineur et son tuteur légal. Si le mineur souhaite se marier contre l'avis de son tuteur légal, le juge de la famille, saisi du litige, statue de manière arbitrale sur l'affaire (art. 21). Enfin, avec le CF, le mariage émancipe le mineur qui acquiert la capacité d'ester en justice pour ce qui concerne les droits et les obligations nées du mariage (art. 22).

Le CF attribue à la femme la pleine majorité matrimoniale. Désormais, la femme a la liberté de choisir la personne qu'elle veut et de conclure l'acte du mariage sans l'intervention de son tuteur. Les dispositions établies par la réforme de 1993, faisant une distinction entre la femme dont le père est vivant et celle orpheline de père, sont abolies. Toute femme majeure peut désormais conclure elle-même son contrat de mariage. Toutefois, afin de préserver les relations familiales, le législateur a attribué à la femme le choix de conclure l'acte de mariage elle-même ou de mandater à cet effet son père ou l'un de ses proches (art. 25 du CF). Ainsi, le CF n'a pas mis fin complètement à l'institution de la tutelle matrimoniale, puisque l'article 24 souligne au préalable que « la tutelle matrimoniale est un droit de la femme. Il est exercé par la femme majeure selon son bon choix et son intérêt ». Ce qui laisse place, malheureusement, au jeu social de la domination masculine.

En matière de tutelle matrimoniale, le CF ne s'arrête pas là, elle introduit d'autres nouveautés. Le père n'est pas automatiquement le tuteur de sa fille, celle-ci a le choix de mandater son père ou un autre proche. De plus, et contrairement à l'article 11 de l'ancienne Moudawana, le CF n'impose plus à la femme de choisir son tuteur matrimonial exclusivement parmi les parents consanguins. Dorénavant, la femme peut par exemple mandater comme tuteur matrimonial son oncle ou son grand-père maternel.

Introduire l'égalité est nécessaire à l'équilibre dans la relation conjugale, d'autant plus que, selon le CF, le mariage est un « pacte ».

B. L'égalité des époux durant la vie conjugale

La présence massive des femmes sur le marché de l'emploi a amené le législateur à revoir le modèle familial marocain qui est devenu, désormais, égalitaire et coopératif (1), sauf pour la question de la gestion des biens de la famille, le législateur maintient le principe de la séparation des biens (2).

1. La transition vers une famille conjugale coopérative

Véritable garantie de l'égalité conjugale pendant le mariage, le principe de la coresponsabilité des époux place désormais la famille sous la responsabilité conjointe des deux époux, et non sous celle exclusive du mari. L'article 4 de la Moudawana définit le mariage comme « un pacte fondé sur le consentement mutuel et une union légale et durable entre un homme et une femme. Ce mariage a pour objectif d'assurer une fidélité réciproque, et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux conformément aux dispositions du présent code ». L'obligation d'obéissance de la femme à son mari est abandonnée. Les époux sont désormais des partenaires égaux et responsables pour toutes les affaires familiales. Des charges du ménage au respect mutuel des parents de chacun, du devoir de concertation à la prise de décisions commune pour les enfants et du planning familial (art. 51), c'est toute la vie commune qui obéit désormais à l'égalité homme-femme.

La femme est, elle aussi, tenue de participer aux charges du mariage. L'objectif est de mieux reconnaître le rôle de celle-ci dans la gestion du foyer et non pas de décharger le mari de son devoir d'entretien. Conformément au rite malékite, la loi nouvelle maintient la possibilité pour la femme d'intenter une action en justice contre son mari pour défaut d'entretien et éventuellement de demander le divorce (art. 102) et ceci, paradoxalement, même si elle est plus riche que lui. Ainsi nous constatons une contradiction entre l'article 4 qui consacre le principe de coresponsabilité des époux et le maintien de l'obligation d'entretien qui pèse toujours sur le mari¹⁰¹⁸.

Autre nouveauté de la nouvelle Moudawana, celle de la protection des droits des époux sur le domicile conjugal. Désormais, chacun des conjoints a un droit de jouissance sur le logement familial. Le but est de protéger l'intérêt de la famille, puisque les tribunaux, sous

¹⁰¹⁸ Même si la règle contenue dans l'article 115 de l'ancienne Moudawana disposant que « Toute personne subvient à ses besoins par ses propres ressources à l'exception de l'épouse, dont l'entretien incombe à son époux », a été supprimée, l'article 195 préserve le droit de l'épouse à l'entretien ainsi que la possibilité pour le mari de suspendre cet entretien si la femme refuse, après décision judiciaire, à réintégrer le domicile conjugal.

l'ancienne Moudawana, étaient souvent confrontés au problème de l'expulsion de la femme du domicile conjugal qui appartenait au mari. Le juge ne disposait d'aucune base juridique pour protéger l'épouse et les enfants, victimes d'expulsion. Le CF intervient dans son article 53 en faisant intervenir le ministère public qui peut faire appel à la force publique pour que l'époux expulsé réintègre le domicile conjugal. En disposant ainsi, l'article 53 érige le domicile conjugal en logement familial dont la jouissance appartient aux deux conjoints¹⁰¹⁹.

Par le principe de coresponsabilité des époux ainsi que du droit de jouissance conjointe des époux sur le domicile conjugal, le législateur a jeté les bases d'une perception nouvelle du lien matrimonial. Malheureusement, l'idée d'égalité conjugale n'a pas inclus la dimension pécuniaire du mariage.

2. Une transition inachevée : la dimension pécuniaire du lien conjugal

La mesure visant le partage des biens acquis pendant le mariage est apparue officiellement, pour la première fois au Maroc, dans le projet PANIFD. Par cette proposition ce plan entend rendre justice à la femme marocaine qui participe certainement dans la constitution du patrimoine familial, que ce soit par son travail salarial ou domestique. Néanmoins, pour des raisons culturelles, les biens de la famille sont souvent inscrits au nom de l'époux et la femme peut se retrouver dans la précarité absolue au moment de divorce. Mais comme cette règle a suscité une réaction virulente de la part du courant conservateur, elle n'a pas été intégrée dans la Moudawana de 2004.

En effet, le CF maintient le principe de la séparation des biens dans son article 49 : « Chacun des époux dispose d'un patrimoine distinct du patrimoine de l'autre ». Toutefois il donne le choix aux époux de recourir à de nouveaux régimes dans un écrit distinct de l'acte de mariage puisque « les époux peuvent se mettre d'accord sur le mode de leur fructification et répartition ».

Cependant, cette règle souffre de son caractère lacunaire. Étant donné qu'il s'agit d'une nouveauté, le législateur devrait donner davantage d'indications, voire des exemples de contrats que les époux peuvent adopter¹⁰²⁰. De plus, le CF devrait normalement faire

¹⁰¹⁹ SAREHANE F., « Le nouveau code marocain de la famille », *Gazette de Palais*, 3-4 septembre 2004, p. 2798.

¹⁰²⁰ *Op.cit.*

obligation aux adouls d'informer les futurs époux de la possibilité d'établir un contrat concernant les modes de fructification ou de répartition du patrimoine familial.

En l'absence de contrat, « il est fait droit aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des époux, 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, selon le Professeur F. Sarehane « la Moudawana adapte le droit à une réalité sociale établie : le mariage engendre une communauté d'intérêt et de biens entre les époux. Par son travail salarié, la femme participe à l'épargne du ménage. L'équité impose qu'elle participe au partage de cette épargne en cas du décès du mari ou de divorce »¹⁰²¹. En cas d'absence d'accord entre les époux sur le mode de gestion des biens acquis pendant le mariage, la question reste entière de savoir comment le juge procède à la répartition des biens entre eux.

Si certains auteurs et praticiens du droit assimilent l'article 49 au principe de la contribution aux acquêts ou *kadd wa si'aya* (tel qu'il se pratiquait dans la région de *sous*) sans que le législateur n'y ait fait référence¹⁰²², il faudra toutefois souligner que la pratique du *kadd wa Si'aya* n'était pas limitée par le recours aux règles générales de preuve. Le juge évaluait la contribution de l'épouse sur la base de règles de preuve islamique comme le témoignage ou le serment. Son pouvoir d'évaluation de la contrepartie à accorder à l'épouse n'était pas limité. Il s'est prononcé souvent pour un partage égal des biens au moment de la séparation¹⁰²³. Ainsi, l'article 49 est moins protecteur si on le compare à la pratique de *kadd wa Si'aya*, puisqu'il impose à la femme des conditions de preuve très difficile. Or, l'épouse ne pense pas souvent à garder des preuves matérielles de sa contribution aux dépenses quotidiennes du foyer et aux besoins de ses enfants¹⁰²⁴.

S'agissant de la femme au foyer, deux situations se dessinent : si elle est riche à l'origine ou possède des biens, l'article 49 la protège. Dans le cas contraire, cette disposition la met dans un état de vulnérabilité absolue. Elle n'a droit à rien au moment de la dissolution du mariage. D'après le CF, la femme au foyer n'a eu aucune participation active à la prospérité du ménage. Pourtant la première version de l'article 49 était tout autre : « Il est fait droit aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun

¹⁰²¹ *Ibid.*

¹⁰²² Cf. ALKHAMLICHI A., *Min Moudawanat alahwal achakhsiya ela Moudawanat alosra (Du code du statut personnel au code de la famille)*, Partie 1, *azzawaj (le mariage)*, *op. cit.*, p. 354-355.

¹⁰²³ EL HAJJAMI A., *Le Code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire*, *op. cit.*, p. 58.

¹⁰²⁴ *Ibid.*

des époux, les efforts qu'il a accomplis et les services qu'il a assumés à la famille et en vue de développement de ses biens»¹⁰²⁵. Dans le texte final, la phrase « les services qu'il a assumés à la famille » a disparu. Ces services incluaient les travaux domestiques et l'éducation des enfants¹⁰²⁶. Malheureusement, les raisons de cette disparition n'ont pas été indiquées.

Si le CF de 2004 comprend des normes qui adaptent le droit aux mutations sociales comme le recul de l'âge au mariage, le partage des responsabilités entre époux, il sauvegarde certaines règles anciennes et archaïques comme la répudiation et la polygamie, mais tout en les contrôlant. Au demeurant, si des droits nouveaux sont reconnus, un nombre de règles anciennes et archaïques est reconduit.

§ 2- Les limites au principe d'égalité des époux

Si depuis 2004 la situation de la femme marocaine s'est généralement améliorée, quelques dispositions sont restées fidèles à la législation ancienne. La rupture avec le passé n'a pas été aussi radicale qu'en Tunisie par exemple¹⁰²⁷. Le législateur marocain a choisi des solutions de compromis en maintenant des inégalités (A). Les privilèges maritaux anciens sont strictement encadrés (B).

A. La subsistance d'inégalités

Bien que l'esprit moderniste soit présent dans le CF, celui-ci laisse subsister un certain nombre de règles archaïques et inégalitaires, que ce soit au moment du mariage (1) ou en matière de la garde des enfants (2).

1. L'inégalité face aux conditions du mariage

Il s'agit du maintien du *sadak* au profit de la femme (a) et de la sauvegarde de la disparité de religion comme empêchement au mariage (b).

¹⁰²⁵ Cité par ALKHAMLIHI A., *Min Moudawanat alahwal achakhsiya ela Moudawanat alosra (Du code du statut personnel au code de la famille)*, Partie 1, *azzawaj (le mariage)*, *op.cit.*, p. 348.

¹⁰²⁶ *Ibid.*, p. 349.

¹⁰²⁷ En Tunisie, la polygamie est interdite, le fait de passé outre est sanctionné pénalement.

a. Le maintien du *sadak* au bénéfice de la femme

Alors que le CF institue le principe de la coresponsabilité des époux et supprime l'obligation d'obéissance de la femme à son mari, il maintient au profit de la femme et à la charge de l'époux le paiement d'un *sadak* (art. 26).

Le *sadak* est une pratique archaïque, qui remonte à l'époque préislamique, mais toujours présente dans la législation marocaine. Le CF ne fait que répéter dans ses articles 28 à 34 les règles déjà existantes dans l'ancienne *Moudawana* (articles 16 à 24). Si le *sadak* peut être versé sous forme d'argent ou sous toute forme qui peut faire légalement l'objet d'une obligation, le Code préconise un montant modéré (art. 28). Il est la propriété de l'épouse, sans autre contrepartie pour l'époux (art. 29). La totalité ou une partie du paiement du *sadak* peut se faire par avance ou à terme (art. 30), mais il doit être acquitté à l'échéance convenue (art. 31 al. 1). Le versement de la partie échue du *sadak* peut être demandé par l'épouse avant la consommation du mariage (art. 31 al. 2). S'il y a consommation du mariage avant le paiement du *sadak*, celui-ci devient une dette à la charge de l'époux (art. 31 al. 2). L'épouse a le droit à la totalité du *sadak* dès la consommation du mariage ou en cas de décès avant la consommation (art. 32). En cas de divergence entre les époux sur le versement de la partie exigible, il est donné foi aux déclarations de la femme si la contestation intervient avant la consommation du mariage et à celles du mari dans le cas contraire (art. 33).

Le législateur précise dans son article 26 que l'acquiescement du *sadak* implique la volonté de l'époux de fonder une famille stable et de raffermir les relations d'affection entre conjoints. Il précise encore que le fondement légal du *sadak* réside dans sa valeur morale et non dans sa valeur matérielle. Il ne serait donc pas question, selon cet article de paiement d'un droit de jouissance sur le corps de la femme. C'est une question qui reste toutefois ouverte, puisque l'article 32, n'accorde à la femme que la moitié du *sadak* fixé en cas de divorce avant consommation du mariage, alors qu'elle a droit à la totalité s'il y a eu consommation.

Au moment de la discussion parlementaire précédant l'adoption du Code et par souci d'égalité entre époux, le groupe socialiste au Parlement a proposé de supprimer les dispositions relatives au *sadak*. Cette proposition a été rejetée¹⁰²⁸.

Ainsi, s'agissant des conditions du mariage, le maintien du paiement du *sadak* constitue une forme d'inégalité à l'encontre de l'époux, tandis que l'empêchement de disparité de religion joue cette fois-ci uniquement en défaveur de la femme.

b. Le mariage avec un non musulman

Le nouveau Code a repris l'ancien texte en matière d'empêchement au mariage, et maintient la disparité de religion comme obstacle au mariage. Ainsi, l'article 39 alinéa 4 prohibe « le mariage d'une musulmane avec un non-musulman et le mariage d'un musulman avec une non-musulmane, sauf si elle appartient aux gens du Livre ». Le texte maintient une discrimination à raison du sexe puisque cet empêchement temporaire connaît une exception pour l'homme. Celui-ci peut se marier avec une femme appartenant aux gens du livre. La femme marocaine, cependant, ne peut épouser un non musulman même s'il est juif ou chrétien. Le futur époux doit se convertir à l'Islam et solliciter l'autorisation préalable du procureur général du Roi près de la Cour d'Appel. Dans les faits, quand un étranger non musulman veut épouser une Marocaine musulmane, il annonce rapidement sa conversion à l'Islam. Or le fait d'abjurer ses croyances pour se marier avec une femme pose bien des questions.

L'inégalité des époux devant le mariage se poursuit après le divorce. La femme marocaine voit son droit à la garde des enfants déchu pour cause de remariage et ne peut en outre voyager avec ses enfants à l'étranger sans l'autorisation du père.

¹⁰²⁸ SAREHANE F., « Le nouveau code marocain de la famille », *op. cit.*, p. 2795. La raison de ce rejet est que la bataille législative n'a pas vraiment eu lieu. La discussion parlementaire a davantage été assimilable à une forme de consultation. Toutes les propositions des parlementaires y ont été rejetées : « certes, ce dernier (le parlement) est appelé, pour la première fois depuis l'indépendance, à approuver la réforme du code de la famille. Mais le roi rappelle que les dispositions religieuses du code sont de son ressort exclusif et inscrit la phase parlementaire dans la procédure traditionnelle de la consultation (choura). Les travaux des commissions parlementaires chargées de préparer le débat en séance plénière et tenues en présence d'Ahmed Taoufiq, le ministre des Habous, s'en ressentiront, et le Parlement n'exercera son pouvoir d'amendement que sur des points de détail, malgré quelques velléités de l'Alliance socialiste sur l'article 400, ce dernier disposant que pour tout ce qui n'a pas été prévu par le code, il faudra se référer au rite malékite et à l'ijtihad. Les auteurs de la proposition d'amendement souhaitaient que l'article fasse également référence à la convention internationale sur l'élimination de toute discrimination à l'égard des femmes. La discussion parlementaire est l'occasion d'un baroud d'honneur du PJD, qui propose un amendement visant à rétablir la tutelle matrimoniale sur la femme majeure, proposition qui est également rejetée » (BRAS J.P., « La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : Quelles avancées pour la démocratie ? », *Revue critique internationale*, n° 37, avril 2007, p. 117-118).

2. L'inégalité en matière de la garde des enfants

S'agissant de la garde des enfants, la nouvelle Moudawana maintient le statut prioritaire de la mère (art. 171), néanmoins elle conserve la discrimination à l'encontre de cette dernière en cas de remariage (art. 174) ou s'elle désire voyager avec ses enfants à l'étranger (art. 179).

Cependant, l'article 175 du CF précise que le remariage de la mère ne lui fait pas perdre le droit de garde si l'enfant a moins de sept ans ou s'il est malade. Ainsi, nous constatons une discrimination entre les enfants en bonne santé qui seraient privés de leurs mères et les enfants malades. Cette disposition ne concerne pas le cas de remariage du père qui a la garde des enfants. De surcroît, la mère divorcée qui a le droit de garde ne peut voyager avec l'enfant à l'étranger sans le consentement du père. La tutelle juridique reste le fait de ce dernier qui peut la léguer par testament, de sorte qu'une femme peut être gardienne d'enfants, mais sans autorité juridique sur eux. Comme elle n'est pas tutrice de ses enfants, elle ne peut voyager avec eux sans autorisation de leur tuteur, généralement le père. Ainsi, cette règle méconnaît le principe de « coresponsabilité des époux », introduit, pourtant, dans le CF.

En plus de ceci, l'inégalité homme-femme va se manifester plus particulièrement à travers les privilèges maritaux que sont la polygamie et la répudiation. Heureusement, le législateur de 2004 a restreint ces pratiques.

B. La limitation des privilèges maritaux

Le législateur marocain s'est retrouvé devant un dilemme : supprimer la polygamie et la répudiation puisqu'elles sont une manifestation flagrante de l'inégalité homme-femme ou de les sauvegarder comme des « droits divins » reconnus à l'homme. Le CF a opté pour une solution de compromis, elle a choisi de restreindre les conditions d'application de ces institutions. La Moudawana n'a supprimé ni la polygamie (1) ni la répudiation (2), néanmoins, elle a atténué la portée de ces deux institutions.

1. La restriction de la polygamie

C'est le dahir du 10 septembre 1993 qui, dans un premier temps, a réformé la polygamie en restreignant sa pratique au respect de certaines conditions. Le CF de 2004

renforce considérablement les obstacles à la polygamie. Exercer la polygamie n'est plus un droit pour l'époux, c'est une tolérance soumise à une autorisation du juge¹⁰²⁹.

Le juge autorise la polygamie uniquement si un motif objectif et exceptionnel est établi (la maladie ou la stérilité de son épouse), imposant à l'époux de disposer 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 »¹⁰³⁰. En vertu du caractère exceptionnel de l'autorisation de polygamie, l'article 41 de la Moudawana n'évoque que deux types de familles. L'époux à qui on a accordé exceptionnellement l'autorisation d'épouser une deuxième femme aura du mal à trouver d'autres justifications objectives et exceptionnelles afin de pouvoir se marier une troisième et quatrième fois¹⁰³¹. Autrement dit, il s'agirait d'un glissement tacite et implicite du législateur marocain de la polygamie vers la bigamie.

La polygamie est interdite par l'article 40 du CF dans deux situations : « soit lorsqu'une injustice est à craindre entre les épouses », soit « lorsque l'épouse aurait exigé de son époux qu'il s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse ». La première règle n'est qu'une application des injonctions divines : « Si vous craignez d'être injuste, n'en épouser qu'une »¹⁰³² et « vous ne pouvez traiter toutes vos femmes avec égalité, quand bien même vous y tiendriez »¹⁰³³. La deuxième règle consacre le principe selon lequel le contrat est la loi des parties qui sont tenues d'en respecter les clauses. Le contrat de mariage peut donc contenir une clause de monogamie interdisant au mari de s'unir à une autre femme, tant que sa première union n'est pas dissoute¹⁰³⁴. Mais cette disposition est largement ignorée des femmes marocaines. Il est regrettable que le législateur n'ait pas fait obligation aux adouls d'informer la future épouse de la faculté que lui donne la loi de prévoir une clause de dissolution de l'union en cas de remariage du mari.

Enfin, de nouvelles garanties procédurales renforcent la protection de la première épouse. Lorsque le tribunal est saisi d'une demande d'autorisation à la polygamie, il convoque personnellement la première épouse (art. 43), un débat contradictoire se déroule en chambre de conseil (art. 44), et le tribunal constate les faits et la présentation des

¹⁰²⁹ SAREHANE F., « Le nouveau code marocain de la famille », *op. cit.*, p. 2795.

¹⁰³⁰ Article 41 du CF.

¹⁰³¹ SAREHANE F., « Le nouveau code marocain de la famille », *op. cit.*, p. 2795-2796.

¹⁰³² Verset 3, Sourate les femmes. Cité par *ibid.* p. 2795.

¹⁰³³ Verset 129, Sourate les femmes. Cité par *ibid.*

¹⁰³⁴ *Ibid.*

justificatifs demandés. La présence de la première épouse à l'audience lui permet de contester et de réfuter, le cas échéant, les justifications présentées par son époux.

Lorsque le tribunal autorise la polygamie, la première épouse refusant toujours le deuxième mariage pourra obtenir le divorce pour désunion s'il apparaît que la continuation de la vie commune est impossible. Le tribunal peut même l'obliger à divorcer dans l'hypothèse où elle n'accepterait pas d'être l'épouse d'un homme polygame, mais ne demanderait pas pour autant le divorce (art. 45 al. 5).

Il n'empêche que nombre d'époux souhaitant se marier avec une deuxième épouse détournent le refus d'autorisation du juge en utilisant de manière dolosive l'article 16 relatif à la reconnaissance du mariage¹⁰³⁵, ou l'article 156 relatif à la reconnaissance de la paternité¹⁰³⁶. Il leur suffit d'amener douze témoins pour établir qu'il est marié avec telle femme ou que tel enfant est son fils.

Si la polygamie est rare, ne représentant que 0,26% du nombre total des mariages en 2013¹⁰³⁷, la répudiation est plus courante. Sans la supprimer, la nouvelle Moudawana s'efforce de l'aménager afin de garantir davantage de droits à l'épouse.

2. L'adaptation du droit de la rupture conjugale

La Moudawana 2004 a judiciarisé toutes les modes de dissolution du lien matrimonial (a), y compris la répudiation, et a introduit une nouvelle procédure de désunion (b).

¹⁰³⁵ Article 16 du CF : « Le document portant acte de mariage constitue le moyen de preuve dudit mariage. Lorsque des raisons impérieuses ont empêché l'établissement du document de l'acte de mariage en temps opportun, le tribunal admet, lors d'une action en reconnaissance de mariage, tous les moyens de preuve ainsi que le recours à l'expertise. Le tribunal prend en considération, lorsqu'il connaît d'une action en reconnaissance de mariage, l'existence d'enfants ou de grossesse issus de la relation conjugale et que l'action a été introduite du vivant des deux époux. L'action en reconnaissance de mariage est recevable pendant une période transitoire ne dépassant pas cinq ans, à compter de la date d'entrée en vigueur de la présente loi ». Au départ, pour la recevabilité de cette action, l'article 16 a prévu une période transitoire de cinq années, mais pour des raisons pratiques où questions sociales et morales s'entremêlent, les demandes de reconnaissance de mariage demeurent d'actualité.

¹⁰³⁶ Article 156 du CF : « Si les fiançailles ont eu lieu et qu'il y ait eu consentement mutuel, mais que des circonstances impérieuses ont empêché de dresser l'acte de mariage et que des signes de grossesse apparaissent chez la fiancée, cette grossesse est imputée au fiancé pour rapports sexuels par erreur, si les conditions suivantes sont réunies : a) les fiançailles ont été connues des deux familles et approuvées, le cas échéant, par le tuteur matrimonial de la fiancée ; b) il s'avère que la fiancée est tombée enceinte durant les fiançailles ; c) les deux fiancés ont reconnu que la grossesse est de leur fait. Ces conditions sont établies par décision judiciaire non susceptible de recours. Si le fiancé nie que la grossesse est de son fait, il peut être fait recours à tous moyens légaux de preuve pour établir la filiation paternelle ».

¹⁰³⁷ Ministère de la Justice et des Libertés dans son rapport de 2014. www.adala.justice.gov.ma

a. La judiciarisation de toutes les formes de dissolution du mariage

Pour l'épouse, la Moudawana de 2004 maintient toutes les formes de divorces judiciaires en sa faveur qui existaient déjà auparavant. Le préjudice subi par la femme ou le défaut d'entretien en sont les principales causes. Mais, en pratique, il est toujours difficile pour l'épouse de prouver les faits allégués.

Cependant, la mesure la plus novatrice du CF, consiste dans la judiciarisation de la répudiation, qui est désormais prononcée par décision judiciaire et assortie de règles procédurales bien précises. Ainsi, l'article 79 de la Moudawana impose au conjoint de « demander l'autorisation au tribunal de faire consigner la répudiation par deux adouls habilités à cet effet ». Après une tentative de conciliation échouée, le tribunal fixe le montant des droits financiers de la femme et des enfants (art. 83). Faute de consignation à la caisse du tribunal dans un délai de 30 jours, la répudiation ne peut être enregistrée (art. 86).

La Moudawana n'a que peu augmenté les garanties financières de la femme répudiée et de ses enfants. La femme a droit au reliquat de la dot et à la *nafaka* durant l'*idda*. Elle a la possibilité d'obtenir un don de consolation. Celui-ci « sera évalué en fonction de la durée du mariage, de la situation financière de l'époux, des motifs de divorce et du degré d'abus avéré dans l'exercice de ce droit par l'époux »¹⁰³⁸. Elle peut rester dans le logement familial durant l'*idda*, sinon le tribunal fixe le montant des frais de logement que le mari doit consigner au secrétariat greffier du tribunal. Les droits à la pension alimentaire dus aux enfants sont désormais définis en fonction de leur niveau de vie et de leur situation scolaire avant le divorce (art. 85). La révocation de la répudiation pendant le délai de viduité est également soumise à homologation judiciaire. La femme a le droit de refuser cette révocation, elle n'est pas obligée de réintégrer le domicile conjugal, mais elle doit recourir au divorce pour désunion. L'objectif derrière ces dispositions est de diminuer le nombre de répudiations capricieuses et d'indemniser l'épouse pour le préjudice subi en cas de répudiation injustifiée¹⁰³⁹.

Lorsque le contrat de mariage comporte une auto-répudiation, la femme peut ainsi mettre fin unilatéralement au lien conjugal. Le juge n'intervient que pour vérifier que les conditions du *tamlik* sont réunies. Le tribunal procède à une tentative de réconciliation, si

¹⁰³⁸ Article 84 du CF.

¹⁰³⁹ PAPI S., *L'influence juridique islamique au Maghreb, op.cit.*, p. 223.

cette dernière échoue, il autorise l'épouse à répudier son mari et statut sur ses droits et ceux de ses enfants.

La procédure du *khol* ou de la répudiation moyennant compensation a été considérablement modifiée par la Moudawana de 2004. Elle prévoit désormais l'intervention du juge. Si les époux se sont entendus sur la dissolution du mariage et sur le montant de la compensation versée par l'épouse, le tribunal est saisi d'une demande émanant de l'un ou bien des deux conjoints avec transmission d'un document attestant de leur accord (art. 114 et 115). Le montant de la compensation ne peut être abusif ou exagéré (art. 118). En cas de désaccord sur le montant de la compensation, le tribunal procède à son évaluation en tenant compte notamment de la situation matérielle de l'épouse. Si l'épouse souhaite un *khol* et que le mari le refuse, le CF offre à l'épouse la possibilité d'introduire à cet effet une procédure de divorce pour discorde (art. 120 alinéa 2).

b. L'introduction d'une nouvelle procédure de désunion

La dissolution du mariage pour discorde est une disposition inspirée du droit musulman et introduite dans l'ordre juridique marocain en 2004 (art. 94). C'est la nouveauté la plus importante du CF.

intentée à titre principal par les deux époux ou par l'un d'eux, cette procédure est très marquée par la notion coranique d'arbitrage et de médiation afin de réconcilier des époux. Elle permet de trouver des solutions aux problèmes qui opposent les époux avant d'entamer la procédure de divorce¹⁰⁴⁰. C'est le juge qui a le soin de régler la situation de crise en désignant deux arbitres afin de résoudre le problème puis, le cas échéant, de prononcer le divorce pour désunion. Le divorce n'est prononcé que si les efforts du juge et des arbitres sont restés infructueux. Le tribunal se fonde ici sur la responsabilité de l'un des époux pour évaluer le montant des dommages et intérêts accordé à l'époux lésé (art. 97).

Cette procédure permet donc aux deux époux de demander la dissolution judiciaire du mariage en cas de différend profond et permanent rendant impossible la continuité de leur union. Le divorce judiciaire pour discorde constitue un progrès majeur en faveur des droits de la femme, tout en restant conforme au droit musulman¹⁰⁴¹. Désormais, la femme au Maroc n'a plus à subir une vie commune insupportable. Elle peut grâce à ces nouvelles dispositions,

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 243.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 244.

et en évoquant la discorde se libérer du mariage plus facilement sans être contrainte de chercher la preuve du préjudice subi.

Le CF consacre aussi la volonté commune des parties en instaurant le divorce par consentement mutuel. L'article 114 donne aux époux la possibilité de se séparer en accord, et sans déchirement. Il arrive, dans ce mode de divorce, que des conditions soient fixées. Dans ce cas celles-ci ne doivent pas être incompatibles avec les dispositions du Code ni avec les intérêts des enfants. Les deux époux ou l'un d'eux présentent l'accord du divorce au juge, qui tente de les réconcilier et prononce le cas échéant le divorce.

En accordant aux femmes des droits qui les mettent sur un relatif pied d'égalité par rapport aux hommes, le CF concrétise une certaine forme de désacralisation des relations familiales, fondées auparavant sur la suprématie masculine. Il demeure toutefois qu'une bonne application de la Moudawana de 2004 est tributaire du niveau d'adhésion des citoyens et des professionnels de la justice à celle-ci et à l'esprit moderniste qui les anime.

Section 2- Les résistances socioculturelles

Si depuis les années Quatre-vingt les associations féminines évoquaient la nécessité de réformer la Moudawana dans le but de l'adapter aux mutations sociales que connaissent le Maroc, il n'en demeure pas moins que des résistances socioculturelles à la réforme de 2004 sont bien présentes. Par exemple, tout en étant d'accord avec le principe de la coresponsabilité des époux, qui adapte le droit à une réalité sociale qui fait que les femmes rentrent de plus en plus dans le domaine du travail et participent aux dépenses du ménage, un certain nombre de Marocains pensent encore que les femmes doivent obéissance à leurs maris. Il est logique, donc, qu'il y ait des allers-retours entre un droit qui se conforme au social et un droit qui change le social. C'est pourquoi, nous allons voir à travers cette section, qu'un certain nombre d'hésitations, d'incertitudes, même de contradictions traversent l'ensemble des perceptions des citoyens de la Moudawana de 2004 (§1). Quant au juge, il appartient également à cette société, où les principes égalitaires ne sont pas encore solidement ancrés (§2).

§1- La perception et l'appropriation de la réforme par la société

La révision de 2004 a permis de jeter les bases d'une nouvelle approche des relations hommes-femmes dans l'espace familial. Mais ces dispositions qui sont destinées à une

société donnée dépendent des perceptions sociales (B) qui sont, elles-mêmes, la conséquence du niveau de connaissance du contenu effectif des lois (A).

A. La connaissance du CF

Les lois contribuent largement à changer la vie et le quotidien des individus. Pour ce faire l'individu doit avoir l'aptitude de faire évoluer ses paradigmes de références. Ainsi, la Moudawana de 2004 est une grande avancée vers l'évolution de la condition des femmes. Mais, l'analphabétisme d'une partie de la société, marquée par des mœurs et des cultures patriarcales très enracinées, notamment dans le monde rural, constituent certainement un frein à l'appréhension du texte et de son message.

C'est pourquoi différentes campagnes de sensibilisation au Code ont été menées par divers intervenants (1). Malheureusement, la dernière enquête, réalisée en 2015, montre que le contenu du CF reste assez méconnu au sein de la population douze années après l'application de ce texte (2).

1. Les moyens de vulgarisation de la réforme

Afin de sensibiliser la population au CF, une campagne a été organisée par l'État. Malheureusement ce travail étatique n'était pas satisfaisant et n'a pas inclus les zones lointaines du pays (a). C'est la société civile qui a pris le relais du gouvernement auprès des ruraux (b).

a. Les leviers mis en place par l'État

Une mise en application de la Moudawana en profondeur nécessite une médiatisation et une diffusion de la réforme à grande échelle. Le ministère des *habous* et des Affaires islamiques a établi un programme sur le CF dans les mosquées et les prêches du vendredi¹⁰⁴². Le ministère de la Justice, de son côté, a élaboré un guide pratique du CF¹⁰⁴³. Ce texte est destiné aussi bien aux professionnels de la Justice qu'aux citoyens ordinaires. Mais il faudra toutefois s'interroger sur l'utilité de ce guide, puisque, probablement, par crainte d'empiéter sur le pouvoir législatif, le guide n'a quasiment pas dépassé la reproduction des articles tels qu'ils figurent dans la Moudawana.

¹⁰⁴² GOURRAM A., *De la Moudawana au code de la famille. Continuité ou rupture historique*, Thèse, Droit, Perpignan, 2010, p. 159.

¹⁰⁴³ Guide pratique du Code de la Famille. <http://jafbase.fr/docMaghreb/MarocCodeFamGuidePratique.pdf>

En parallèle, une campagne de vulgarisation de la Moudawana a été organisée à travers les chaînes nationales de télévision ou de radio. Néanmoins, la grande majorité des débats télévisés réalisée avant et après la promulgation a été enregistrée en arabe classique, langue pas comprise par tous les Marocains en raison d'un taux élevé d'analphabétisme¹⁰⁴⁴.

Il est regrettable qu'un enjeu aussi important pour la mise en œuvre d'une réforme de cette sorte soit négligé par l'État. Les associations féministes ont pris le relais et ont débuté parallèlement une campagne de vulgarisation des articles de la Moudawana.

b. Les moyens mis en place par la société civile

L'État n'est pas le seul acteur à s'impliquer dans la sensibilisation à la réforme. Les organisations non étatiques et notamment les associations de femmes, se sont en effet investies dans la vulgarisation du CF, comblant ainsi le manque d'efficacité du gouvernement sur ce plan.

L'Association Démocratique des Femmes du Maroc (ADFM) a organisé durant trois semaines, du 2 au 31 mai 2004, par le biais de la radio et de la télévision, une campagne de sensibilisation sur les nouvelles dispositions du CF¹⁰⁴⁵. De son côté, la Ligue Démocratique des Droits des Femmes (LDDF) a organisé au courant de l'année 2004, des caravanes afin de bien expliquer aux ruraux souvent illettrés le sens de ce nouveau Code tout en distribuant des cassettes audios sur la Moudawana en dialecte arabe et berbère¹⁰⁴⁶. Au printemps 2005, Le Centre des Droits des Individus a pris le relais et a organisé une caravane à travers les principales villes et communes du Royaume pour mener des activités d'information, de sensibilisation et de communication auprès des femmes et des hommes sur l'égalité et les droits humains (exposition des activités du centre, soutien juridique, sensibilisation sur les thèmes de l'égalité, de la violence contre les femmes et de la réforme de la Moudawana)¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁴ Le Haut-Commissariat au Plan indique que le taux d'analphabétisme au Maroc en 2004 est estimé à 43% dont 54,7% de femmes. <http://www.hcp.ma/Analphabétisme>. Au Maroc la langue que l'on étudie à l'école est l'arabe classique. Généralement, les personnes analphabètes qui ne savent pas lire l'arabe classique n'arrivent pas également la comprendre.

¹⁰⁴⁵ ALAMI M'CHICHI H., « Changement social et perceptions du nouveau code de la famille » dans MOUAQIT M., BENRADI M., BOUKAISSI F-Z., OUNNIR A., *Le code de la famille. Perception et pratiques judiciaires*, publié par la fondation Freidrich Ebert, janvier 2007, p. 44.

¹⁰⁴⁶ GOURRAM A., *De la Moudawana au code de la famille. Continuité ou rupture historique*, op. cit., p. 163.

¹⁰⁴⁷ MELLAKH K., « De la Moudawwana au nouveau code de la famille au Maroc : une réforme à l'épreuve des connaissances et perceptions 'ordinaires' », *L'Année du Maghreb*, Paris, CNRS Editions, 2006, p. 35.

Enfin, les associations « Leadership féminin » et « Réseau des associations de développement » ont élaboré des supports didactiques et pédagogiques destinés aux jeunes, on y trouve une collection de bandes dessinées sur le nouveau Code¹⁰⁴⁸.

Cependant, ces moyens de vulgarisation du nouveau CF sont insatisfaisants. Une partie de la population n'a pas été incluse par la campagne de communication. Interprétations et incompréhensions, tel est le bilan de différentes enquêtes diligentées au sujet de la réforme.

2. L'appréhension de la réforme

La Moudawana de 2004 a introduit plusieurs modifications au droit familial. Tout d'abord, dans le domaine du mariage, la majorité matrimoniale pour les deux sexes est alignée à la majorité juridique qui est de 18 ans. La nécessité d'avoir un tuteur n'est plus obligatoire et devient facultative pour la femme majeure. Le CF consacre aussi le principe de la coresponsabilité et d'égalité entre époux au sein du couple. Ainsi, les conjoints ont les mêmes droits et devoirs, sauf pour la polygamie qui est maintenue, mais sous conditions restrictives. En matière du divorce, l'innovation majeure est la judiciarisation de toutes les formes de divorce, y compris la répudiation avec l'introduction d'une nouvelle procédure pour désunion. Beaucoup de changements qui interrogent leur assimilation par la société marocaine.

Toutefois, il a été démontré par le biais d'enquêtes que le fait que le CF ait été réformé et le contenu de ces réformes n'étaient pas connus de tous les Marocains et les Marocaines. L'enquête qui a été réalisée pendant le printemps 2005 par la caravane de l'égalité menée à la fois en zones urbaines et rurales¹⁰⁴⁹ démontre que 88% de la population interrogée¹⁰⁵⁰ est au courant de l'entrée en vigueur du CF, 90% des urbains contre 87% des ruraux¹⁰⁵¹. Un taux confirmé par l'enquête réalisée en 2006 par une équipe d'universitaires en collaboration avec la fondation allemande Friedrich-Ebert et sous la direction de H. Alami M'chichi,

¹⁰⁴⁸ ALAMI M'CHICHI H., « Changement social et perceptions du nouveau code de la famille » *op.cit.*, p. 44.

¹⁰⁴⁹ Les régions concernées par l'enquête sont Marrakech-Tensift-Al Haouz, Oriental-Oujda, Fes-Boulmanne, Tanger-Tetouan.

¹⁰⁵⁰ Un total de 900 questionnaires a été distribué et collecté dans les différents points de l'enquête. À l'exception de quelques individus, les enquêtés ont accepté de répondre sans difficulté au questionnaire. La population concernée par l'enquête est diversifiée tant sur le plan de ses caractéristiques démographiques (sexe, âge, etc.) que sur celui de son ancrage social et géographique (individus instruits, personnes analphabètes, urbains, ruraux, etc.).

¹⁰⁵¹ MELLAH K., « De la Moudawwana au nouveau code de la famille au Maroc : une réforme à l'épreuve des connaissances et perceptions 'ordinaires' », *op. cit.* <https://journals.openedition.org/anneemaghreb/78>

uniquement en zone urbaine. Elle révèle que 94% des enquêtés sont au courant du changement de la Moudawana¹⁰⁵². Toutefois, ces pourcentages ne font pas l'unanimité. Le sondage du Haut-Commissariat au Plan (HCP) datant de 2005 et réalisé sur un échantillon de 7400 personnes démontre que seulement 65,1% des interviewés savent que la Moudawana a changé, 72,2% sont des citadins et 55,2% des ruraux¹⁰⁵³. Ces chiffres datent du lendemain de la réforme de 2004. Qu'en est-il aujourd'hui ?

Le constat de l'enquête la plus récente (2016) effectuée en 2015 par le ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement Social, avec l'appui du Fonds de Développement des Nations Unies pour la Femme¹⁰⁵⁴ ne diffère pas substantiellement de ceux de 2005 et 2006. En effet, 13,4% des personnes enquêtées (1200 personnes), toutes catégories confondues, ignorent l'existence d'un nouveau CF depuis 2004 au Maroc.

Parmi ceux qui sont au courant de l'existence d'un nouveau Code, combien connaissent les changements apportés ? L'enquête de K. Mellakh rapporte que plus de la moitié des personnes interrogées et qui sont au courant du changement de la Moudawana n'ont aucune idée de la teneur de ces changements. Dix ans plus tard, l'enquête de 2015 révèle que les enquêteurs doivent avant de poser la question sur l'apport positif ou négatif d'un article donné, expliquer de manière claire et simplifiée son contenu exact. En 2015, les rumeurs et les fausses interprétations continuent à être de règle.

En effet, la rumeur selon laquelle le Code a attribué à la femme la moitié de la richesse de son conjoint au moment du divorce continue de circuler¹⁰⁵⁵. L'enquête de 2016 constate que simplement quelques enquêtés arrivent à décrire de manière précise le sens et la portée de l'article 49. Ce dernier est souvent appréhendé de manière négative. Il est perçu comme étant une injustice à l'égard de l'époux qu'on lui impose, en cas de divorce, de partager la moitié de sa fortune avec son épouse¹⁰⁵⁶. Il est regrettable que tant d'années après son application, un certain nombre de Marocains pensent que la clause sur le partage des

¹⁰⁵² ALAMI M'CHICHI H., « Changement social et perceptions du nouveau code de la famille », *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁵³ Royaume du Maroc, Haut-Commissariat au Plan, Prospective Maroc 2030, « La femme sous le regard de son environnement social », Enquête : Principaux résultats, septembre 2006, p. 14. www.Hcp.ma

¹⁰⁵⁴ Enquête réalisée par le ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement social, avec l'appui du Fonds de développement des Nations unies pour la femme. Une étude réalisée sur un échantillon de 1.200 personnes réparties sur 100 zones et construite autour de trois axes principaux: la connaissance du code de la famille, les représentations des citoyens sur les relations homme/femme à l'intérieur de la famille et enfin les attentes et les propositions concernant l'évolution du code de la famille.

¹⁰⁵⁵ Cette rumeur vient du PANIFD. Ce texte préconisait, qu'en cas de divorce, les époux partagent la totalité des biens accumulés tout au long de leur vie conjugale. Néanmoins, cette proposition n'a pas été reprise dans le CF.

¹⁰⁵⁶ Royaume du Maroc, ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement social, « 10 ans d'application du code de la famille : quels changements dans les perceptions, les attitudes et les comportements des marocains et des marocaines », Rapport 2016, p. 155. www.social.gov.ma

biens en cas de divorce s'applique automatiquement au moment de la dissolution du lien conjugal. En pratique, cette clause est très peu stipulée, et le chemin à parcourir est encore long. Cette résistance à l'application de cette règle s'explique soit par la méconnaissance de cette clause, ou par une simple question culturelle : parler d'argent au moment du mariage n'est pas très bien perçu. Pour que ce soit une pratique courante, les adouls doivent en informer davantage les époux.

En matière de polygamie, la réalité juridique est également rattrapée par les rumeurs. Une grande partie de Marocains pensent encore aujourd'hui que pratiquer la polygamie exige obligatoirement l'autorisation de la première épouse, alors que la Moudawana ne parle que de l'autorisation du juge.

En somme, tant d'années après sa mise en œuvre, le CF n'est pas encore assimilé par les Marocains et les Marocaines. Plusieurs raisons s'entremêlent. Nous avons cité l'illettrisme, l'analphabétisme juridique, la vulgarisation peu efficace de la réforme...

B. La perception du CF

Les résultats des différentes enquêtes ne sont pas homogènes concernant le niveau d'adhésion des Marocains et des Marocaines à la Moudawana dans son ensemble. Si l'enquête du ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement Social révèle que les citoyens sont pour la plupart favorables à la nouvelle Moudawana¹⁰⁵⁷, d'autres ne sont pas du même avis. Ainsi, selon l'enquête réalisée en collaboration avec la fondation allemande Friedrich-Ebert seulement 57,3% des enquêtés se déclarent favorables au nouveau CF, alors que 26% y sont défavorables et 16,7% n'ont pas d'opinion¹⁰⁵⁸. L'enquête menée par le HCP mentionne que seulement 48,7% de l'échantillon (déjà au courant du changement de la Moudawana) juge positivement le nouveau texte¹⁰⁵⁹.

Il s'agit d'une perception globale de la Moudawana. Toutefois, si l'on s'intéresse à chaque mesure novatrice séparément, on s'aperçoit que certaines sont mieux perçues (1) que d'autres (2).

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, p. 88-213.

¹⁰⁵⁸ ALAMI M'CHICHI H., « Changement social et perceptions du nouveau code de la famille », *op. cit.*, p. 54.

¹⁰⁵⁹ Royaume du Maroc, Haut-Commissariat au Plan, Prospective Maroc 2030, « La femme sous le regard de son environnement social », *op. cit.*, p. 14.

1. Une adhésion à certains principes de la Moudawana

Il s'agit principalement de l'élévation de l'âge au mariage (a), de la restriction de la polygamie (b) et enfin de l'introduction du divorce pour désunion (c).

a. L'élévation de l'âge du mariage : une mesure globalement bien perçue

S'agissant en premier lieu de l'élévation de l'âge du mariage à 18 ans pour les filles, cette mesure a été largement acceptée par les Marocains. L'enquête réalisée par la FES signale que seulement 17% des Marocains sont contre cette disposition. L'élévation de l'âge du mariage correspond aux changements sociaux que connaît le Maroc. En raison de la poursuite d'études, les jeunes femmes préfèrent se marier plus tardivement. En 2014, l'âge moyen du premier mariage est de 25,8 ans pour les femmes¹⁰⁶⁰.

Les résultats de l'enquête de 2016 menée par le ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement Social relatifs à l'âge matrimonial révèlent une évolution significative avec un taux de 87,9% des personnes approuvant la fixation de l'âge légal du mariage à 18 ans, comparativement au taux de 84,4% enregistré lors de l'enquête réalisée par le même ministère en 2009¹⁰⁶¹.

Cette adhésion majoritaire des Marocains et des Marocaines au principe de l'élévation de l'âge du mariage des filles à 18 ans n'a pas été constatée de la même manière concernant la limitation du recours à la polygamie.

b. La restriction de la polygamie : un constat hétérogène

Concernant la polygamie, le ministère de la Justice indique qu'en 2006, les unions polygames ne représentaient que 0,3% du nombre total de mariages (soit 811 sur 273 000) et 0,26% en 2013¹⁰⁶². Cette faible pratique sociale de la polygamie ne peut être que le résultat de l'entrée en vigueur de la Moudawana de 2004. Toutefois, la régression de la pratique sociale de la polygamie s'explique surtout par des questions matérielles. Le fait d'avoir une deuxième épouse nécessite la capacité financière de l'époux à subvenir aux besoins de deux

¹⁰⁶⁰ HCP « Femmes et hommes en chiffres », 2016, <https://www.hcp.ma/file/176550/>.

¹⁰⁶¹ Enquête réalisée par le ministère du DSFS, en août 2009 sur « 5 ans d'application du code de la famille : quels changements dans les perceptions, les attitudes et les comportements des marocains et des marocaines », Cette étude n'a pas été publiée. Ses résultats sont intégrés dans l'enquête de 2016.

¹⁰⁶² Ministère de la Justice et des Libertés, *Alkadae alosari : Alwakie walafak, achr sanawat min tatbik moudawanat alosra, dirasa tahlilia ihsaeya (La justice familiale : Réalités et horizons, 10 ans d'application du code de la famille, étude analytique et statistique)*, 2004-2013, 2014. Téléchargeable sur www.adala.justice.gov.ma

familles. Alors qu'il y a une baisse dans la pratique sociale de la polygamie, qu'en est-il des perceptions des mesures restrictives de la polygamie dans l'opinion publique ?

À la question de savoir si les conditions restrictives de la polygamie étaient positives ou négatives, la dernière enquête de 2016 du ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement Social indique que 79,9% des personnes interrogées ont répondu positivement, contre 16,1% qui les ont jugées négatives. Selon le rapport du ministère, « les opinions exprimées à travers ces pourcentages montrent à l'évidence une évolution des mentalités par rapport à la question de la polygamie, elles sont dans leurs grandes majorités, favorables aux conditions imposées par le Code à sa pratique et la soumission de son autorisation à l'appréciation du juge. Cette évolution est perceptible au niveau de la comparaison avec les résultats de l'enquête de 2009 dans lesquels les opinions positives par rapport aux restrictions à la pratique de la polygamie ne représentaient que 77,4% chez les personnes interrogées contre 22,6% qui les considéraient comme étant négatives »¹⁰⁶³.

Il faut toutefois noter que les résultats de l'enquête réalisée par la FES en 2006 étaient très différents de ceux de 2009 et de 2015, interrogeant sur une possible évolution des mentalités ou des divergences méthodologiques dans les enquêtes qui entraîneraient des résultats si différents. La soumission de la polygamie à l'autorisation du juge, qui a vocation à en restreindre la pratique, est rejetée par 61,7% des sondés en 2006¹⁰⁶⁴. L'argumentaire avancé pour s'opposer à la restriction de la polygamie est que celle-ci est d'essence divine. La pensée dominante, surtout en milieu rural, est qu'il est recommandé à l'homme de se marier avec quatre femmes pour combler le nombre de femmes non mariées. S'agissant des femmes, il convient de noter l'influence grandissante sur les citadines des associations féministes, alors qu'en milieu rural les mentalités ont progressé plus lentement. La majorité des citadines sont contre la polygamie et sont favorables à sa restriction, voire à sa suppression, alors qu'une minorité des citadines et une partie des Marocaines des zones rurales tolèrent la polygamie en raison de l'ancrage religieux de cette pratique.

¹⁰⁶³ Royaume du Maroc, ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement social, « 10 ans d'application du code de la famille : quels changements dans les perceptions, les attitudes et les comportements des marocains et des marocaines »...*op. cit.*, p. 133

¹⁰⁶⁴ ALAMI M'CHICHI H., « Changement social et perceptions du nouveau code de la famille », *op. cit.*, p. 61.

Le constat de l'enquête de 2015 à propos de la polygamie est-il l'aboutissement d'un changement réel des mentalités après dix années de la mise en œuvre du CF ? Y a-t-il un risque de non-fiabilité des enquêtes officielles ? Ou simplement du conformisme juridique ?

La Moudawana de 2004 a introduit de nombreuses innovations en matière de divorce. La règle phare est l'institution du divorce pour discorde, ouvert aux deux époux, facilitant ainsi le recours des femmes à la dissolution de leurs unions. Comment les innovations en matière de divorce sont-elles perçues par les Marocains et les Marocaines ?

c. Les innovations en matière de divorce

Auparavant, sous l'égide de l'ancienne Moudawana, le mari avait toute liberté de répudier son épouse selon son gré et sans faire appel au juge, le CF de 2004 a mis fin à cette injustice en judiciarisant toutes les formes de dissolution du lien conjugal y compris la répudiation, comme le précise l'article 78 : « Le divorce est la dissolution du pacte conjugal exercé par l'époux et l'épouse, chacun selon les conditions auxquelles il est soumis, sous le contrôle de la justice et conformément aux dispositions du présent Code ». À la question de savoir si cette nouvelle disposition est positive à leur avis, la quasi-totalité des enquêtés a répondu par l'affirmatif (95,8%). Les femmes constituent 98,3% de ce pourcentage¹⁰⁶⁵. Ces résultats confirment ceux du HCP datant de 2006 où 92,2% des Marocains approuvaient la judiciarisation du divorce¹⁰⁶⁶.

Concernant plus particulièrement le divorce pour discorde, en 2015, plus de 80,7% des enquêtés ont exprimé un avis favorable pour celui-ci contre seulement 16,1% qui l'ont désapprouvé. Ce taux constitue une évolution considérable par rapport aux résultats de l'enquête de 2009 où ils étaient 69,9% à approuver cette nouvelle procédure contre 30% à la désapprouver¹⁰⁶⁷.

D'après les enquêtes citées au-dessus, les Marocains et les Marocaines sont majoritairement favorables au principe de l'élévation de l'âge du mariage pour les filles à 18 ans, à la judiciarisation du divorce, cependant pour la restriction de la polygamie, le

¹⁰⁶⁵ Royaume du Maroc, ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement social, « 10 ans d'application du code de la famille : quels changements dans les perceptions, les attitudes et les comportements des marocains et des marocaines », *op. cit.*, p. 138-139.

¹⁰⁶⁶ Royaume du Maroc, Haut-Commissariat au Plan, Prospective Maroc 2030, « La femme sous le regard de son environnement social », *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁶⁷ Royaume du Maroc, ministère de la Solidarité, de la Femme, de la Famille et du Développement social, « 10 ans d'application du code de la famille : quels changements dans les perceptions, les attitudes et les comportements des marocains et des marocaines », *op. cit.*, p. 146.

constat est hétérogène. En revanche, le mariage de la femme sans la présence d'un tuteur reste mal vu par une grande majorité de la société marocaine et une ambivalence existe concernant le principe de la coresponsabilité des époux.

2. Une ambivalence et une résistance à certains principes de la Moudawana

La mesure la plus rejetée est celle qui permet à la femme majeure de se marier sans tuteur matrimonial (a). Les sondés expriment également une certaine ambivalence concernant le principe de coresponsabilité des époux (b).

a. La résistance au principe de la suppression de la tutelle matrimoniale

Concernant la possibilité pour la femme majeure de se marier sans la présence d'un tuteur et en dépit des quinze années de l'application de cette disposition, cette règle peine encore à intégrer les mœurs de la société marocaine puisque la majorité des Marocains reste intransigeante sur ce point. Beaucoup de femmes marocaines rejettent encore catégoriquement l'idée de se marier sans tuteur, elles en appellent à la valeur sociale et culturelle des parents et au devoir d'obéissance qui est dû au père en particulier. Le tuteur est encore largement perçu comme caution de valorisation de la mariée face au futur époux, mais surtout comme caution morale et gage de réussite de l'union. Inversement, le mariage sans tuteur est globalement perçu comme un acte de rébellion de la fille envers ses parents. S'agissant des adouls, une résistance certaine est observée, ces derniers exigeant de l'épouse la présence d'un tuteur, alors même que la loi autorise cette dernière à conclure l'acte de mariage seule.

Une importante évolution se dessine pourtant. L'enquête du HCP indiquait en 2005 un taux élevé de rejet (73,4%), autant par les hommes (75,4% à désapprouver cette disposition), que par les femmes (71,2%). Ce taux est descendu à 48,2% pour les deux sexes dans le rapport de 2016¹⁰⁶⁸.

b. Les appréciations du principe de coresponsabilité des époux

Le principe de coresponsabilité des époux remet en cause l'image de « l'homme chef de famille » et la structure patriarcale de la famille. Il bouleverse aussi le principe de l'obéissance de la femme à son mari qui, en travaillant et en participant de la même manière

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*, p. 126.

que l'homme aux dépenses du ménage, acquiert son indépendance et se positionne comme son égal. L'enquête de 2016 a révélé une large adhésion des citoyens au fait de placer la famille sous la codirection des deux époux avec 92,4% de réponses positives¹⁰⁶⁹.

Cette avancée dans la perception du rôle de l'épouse au sein de la famille trouve son explication dans les mutations sociales et économiques de la famille marocaine qui connaît une implication de plus en plus grande de la part des femmes dans la gestion du foyer et sa prise en charge matérielle, comme dans la prise de décision le concernant.

Un autre axe abordé par l'enquête est l'interprétation qui est faite de la notion de coresponsabilité du couple au sein de la famille. Pour 68,8% des répondants, il s'agit d'une responsabilité entièrement partagée sur toutes les questions concernant la famille. Ils sont en revanche 24% à penser que la responsabilité se partage selon le genre¹⁰⁷⁰. Selon le rapport du ministère « les réponses majoritairement positives à la première modalité (68,7%) montrent que l'idée de division traditionnelle du travail entre les sexes commence à connaître une remise en question dans la société en ne recueillant guère plus de 24,0% auprès des personnes enquêtées »¹⁰⁷¹. Dans le même sens, 69,7% des répondants estiment que les dépenses familiales ne relèvent pas du seul ressort de l'homme contre 15,5% qui estiment que ce dernier est le seul responsable de l'entretien de la famille, sauf en cas d'incapacité¹⁰⁷².

Ces résultats nous semblent très positifs, mais correspondent-ils aux pratiques ? Ces réponses traduisent-elles les convictions réelles des personnes sondées ? Les personnes enquêtées donnent-elles simplement des réponses conformes à ce qu'elles pensent que le pouvoir politique attend d'elles alors qu'elles sont contraires à leurs convictions personnelles et à leurs pratiques quotidiennes ?

L'enquête réalisée en 2006 par la FES « dégage une impression d'ambivalence. On y trouve d'une part une adhésion résolue au principe d'égalité des sexes et d'autre part un attachement non négligeable à des conceptions qui perpétuent l'assignation des femmes aux responsabilités du foyer »¹⁰⁷³. Les résultats du sondage démontrent que 70,9% des enquêtés sont favorable au principe de l'égalité entre les sexes. Néanmoins, une fois appelés à définir exactement à ce qu'elles entendent par égalité, ils ne se sont prononcés qu'à 46,2% en faveur du partage total des responsabilités dans la sphère familiale et qu'à 42,2% en faveur du

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 118.

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*, p. 93.

¹⁰⁷¹ *Ibid.*

¹⁰⁷² *Ibid.*, p. 322.

¹⁰⁷³ ALAMI M'CHICHI H., « Changement social et perceptions du nouveau code de la famille », *op. cit.*, p. 54.

respect de la complémentarité des rôles. Le partage des tâches du foyer n'atteint qu'un faible pourcentage (11% seulement)¹⁰⁷⁴.

Les résultats de l'enquête du ministère de la Femme, qui ont pour conclusions que les Marocains sont en faveur du principe de la coresponsabilité et de l'égalité homme-femme au sein du couple sont contredits par une autre enquête officielle (2005) réalisée uniquement sur des femmes par le ministère de la Santé et qui démontre qu'un peu plus de la moitié des femmes sondées pensent qu'il est légitime qu'un mari batte son épouse quand celle-ci discute ses opinions (51 %), quand elle sort sans son autorisation (50 %) ou quand elle néglige les enfants (49 %) ¹⁰⁷⁵. Plus de deux tiers sont d'accord avec au moins une des raisons mentionnées. De même, selon une autre enquête, réalisée par H. Rachik également en 2005, sur un échantillon de 1000 personnes, 79% des sondés trouvent que l'obéissance de l'épouse à l'époux favorise l'entente au sein de la famille, 12% ne sont pas favorable à une obéissance systématique, tandis que seulement 4% désapprouvent le principe de l'obéissance de la femme à son mari¹⁰⁷⁶.

Ainsi, ce manque d'ancrage social de la culture égalitaire conduira certainement à des problèmes dans l'applicabilité du CF, d'autant plus que le juge, principal applicateur de la Moudawana, est un sujet de cette société. Ses convictions personnelles sont ainsi véhiculées et traduites dans ses décisions judiciaires. La Moudawana de 2004 lui a de plus attribué une large marge d'appréciation.

§2- La perception et l'interprétation du CF par le juge

C'est au juge, principal acteur dans l'application de la Moudawana, de veiller à une mise en œuvre efficace des dispositions du CF, notamment les innovations qui valorisent une certaine égalité entre hommes et femmes et renforcent les droits de la femme, de la famille et de l'enfant. Partant, l'adhésion des juges aux innovations et à l'esprit de la Moudawana garantit une bonne application du CF. Comment le nouveau texte est-il donc perçu par les juges (A) ? Et comment ces derniers se sont-ils adaptés à l'essence du CF en dépassant les règles archaïques et ancrées de l'ancien CSP (B) ?

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*, p. 53.

¹⁰⁷⁵ Ministère de la santé, Enquête sur la population et la santé familiale, 2003-2004, p. 39. À télécharger sur <https://dhsprogram.com/pubs/pdf/FR155/FR155.pdf>.

¹⁰⁷⁶ RACHIK H., *Rapport de synthèse de l'enquête nationale sur les valeurs, 50 ans de développement humain et perspectives 2015*, p. 17. Téléchargeable sur <http://ourahou.e-monsite.com/>

A. La perception du CF par les juges

Afin d'évaluer le niveau d'approbation générale des juges aux dispositions du CF, deux enquêtes académiques de grande ampleur ont été menées à Marrakech¹⁰⁷⁷ et à Rabat¹⁰⁷⁸. Plus modestement, nous avons choisi, dans une perspective qualitative, d'aller sur le terrain et de réaliser nous-mêmes neuf entretiens à la section de la famille du Tribunal de Première Instance de Meknès¹⁰⁷⁹.

Concernant l'appréciation de la Moudawana dans son ensemble, les avis sont partagés. Seulement deux magistrats¹⁰⁸⁰ approuvent l'ensemble de la Moudawana, le reste reconnaît que ce texte comporte des lacunes. Un juge-notaire, M. Denoussila critique farouchement le CF : « C'est un texte très théorique, qui ne correspond pas à la réalité sociale. La loi ne conscientise pas, et ne change pas les mentalités des gens. Il faut en parallèle le travail des institutions culturelles, des écoles et des médias. Un exemple est le nombre des demandes de reconnaissance de mariage qui ne cessent d'augmenter. On nous a transposé un texte qui n'a rien à voir avec la réalité sociale. Derrière la Moudawana il y avait du politique »¹⁰⁸¹.

Les interrogeant, par la suite, sur les mesures les plus novatrices du CF, les points de vue des magistrats sont, de même, hétérogènes.

Concernant, tout d'abord, le principe de l'élévation de l'âge de mariage à 18 ans, la quasi-totalité des juges interrogés y est favorable¹⁰⁸². Parallèlement, ils approuvent l'article 20 sur l'exception : « L'article 20 est nécessaire, car c'est un héritage qu'on n'a pas pu retirer. Le législateur confirme une pratique sociale qui ne peut disparaître. Nous nous ne pouvons pas lutter contre le mariage des mineurs. Dans quelques régions, le principe est le mariage des mineurs »¹⁰⁸³, déclare M. Aliloui, juge au tribunal de la famille de Meknès. Les magistrats enquêtés sont unanimes sur le fait que le mariage du mineur est un phénomène

¹⁰⁷⁷ ELHAJJAMI A., « Le juge et le nouveau Code de la Famille : Système socio-culturel et perceptions », *Le Code de la Famille à l'épreuve de la pratique judiciaire, op. cit.*, pp. 23-66.

¹⁰⁷⁸ MOUAQIT M., « Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille », dans ALAMI M'CHICHI H., MOUAQIT M., BENRADI M., OUNNIR A., ZEIDGUY R., *Le code de la famille. Perception et pratiques judiciaires*, publié par la fondation Freidrich Ebert, p. 141-188.

¹⁰⁷⁹ Le choix des magistrats enquêtés s'est fait fonction de ceux qui acceptaient d'être enquêtés. Neuf magistrats de siège ont accepté de nous accorder des entretiens.

¹⁰⁸⁰ Le président du tribunal Monsieur Filali et Monsieur Sabaghi.

¹⁰⁸¹ Entretien avec M. Donoussila le 11 mai 2016.

¹⁰⁸² À l'exception de M. Massou qui déclare : « Je ne suis pas d'accord avec la fixation de l'âge du mariage à 18 ans, le législateur devait l'abaisser à l'âge de 16 ans, car il y a des particularités locales par exemple dans quelques villes de l'est comme Bouarfa la femme qui atteint ses 18 ans sans se marier est une vieille fille ».

¹⁰⁸³ Entretien avec M. Aliloui, Meknès le 13 mai 2016.

social omniprésent. Un juge avance : « Je suis d'accord avec l'exception au mariage du mineur, c'est un texte dicté par la réalité sociale, surtout dans la région sud-est »¹⁰⁸⁴ ; un autre affirme : « La réalité nous oblige à maintenir le mariage des mineurs. Dans les campagnes, je peux marier une fille à l'âge de 14 ans. Il y a le problème de la tradition et le fait de se diriger vers le mariage coutumier (sans acte). L'article 20 est une protection de la fille mineure, cela évite le mariage sans acte »¹⁰⁸⁵. Le seul juge notaire enquêté préconise qu'on restreigne le pouvoir d'appréciation du magistrat à l'âge minimal de 17 ans¹⁰⁸⁶. Effectivement, le silence de l'article 20 par rapport à l'âge minimum à partir duquel le juge peut accorder l'exception laisse au magistrat une plus grande marge d'appréciation dans les dérogations qu'il peut accorder.

S'agissant ensuite de la restriction de la polygamie, les opinions sont plurielles. Quelques juges critiquent les dispositions sur la polygamie¹⁰⁸⁷ : « Le législateur a restreint la polygamie jusqu'à la rendre impossible »¹⁰⁸⁸, avance un juge. D'autres approuvent la restriction de cette pratique : « Les statistiques de la polygamie montrent qu'elle est peu exercée. La restriction de la polygamie est quelque chose de bien, et même la religion a restreint la polygamie par des questions matérielles »¹⁰⁸⁹ ; ou encore : « La restriction de la polygamie doit être appliquée rigoureusement »¹⁰⁹⁰. Enfin, un magistrat préconise une restriction accrue de la polygamie, en encadrant davantage le motif exceptionnel¹⁰⁹¹. L'ensemble des magistrats interrogés reconnaissent que les justiciables contournent la loi en recourant à l'article 16 sur la reconnaissance du mariage ou à l'article 156 sur la reconnaissance de paternité. Ce sont des failles dans la Moudawana.

L'introduction du divorce pour discorde est bien vue par la plupart des magistrats enquêtés, puisque désormais les femmes peuvent se délier plus facilement du mariage sans apporter la preuve du préjudice subi¹⁰⁹². « Le divorce pour discorde a une base dans la religion musulmane, la procédure de réconciliation est obligatoire, mais elle réussit rarement. Les hommes aussi recourent à ce type de divorce, car ils ne s'acquittent que du don de consolation et du prix du logement pendant le délai de viduité », avance M. Alliloui.

¹⁰⁸⁴ Entretien avec M. Assou, Meknès, le 12 mai 2016.

¹⁰⁸⁵ Entretien avec M. Chahad, Meknès, le 13 mai 2016.

¹⁰⁸⁶ Entretien avec M. Donossila, Meknès, le 11 mai 2016.

¹⁰⁸⁷ M. Yatana, M. Massou, M. Chahad.

¹⁰⁸⁸ Entretien avec M. Yatana, Meknès, le 16 mai 2016.

¹⁰⁸⁹ Entretien avec M. Aliloui, Meknès, le 13 mai 2016.

¹⁰⁹⁰ Entretien avec M. Eddarkaoui, Meknès, le 18 mai 2016.

¹⁰⁹¹ Entretien avec M. Sabaghi, Meknès, le 12 mai 2016.

¹⁰⁹² « Le divorce pour préjudice était difficile à établir, et s'il y a preuve, il faut que la femme n'ait pas commis de faute, selon la jurisprudence de la cour suprême », déclare M. Filali.

Paradoxalement, les deux magistrates enquêtées reprennent les poncifs sur les femmes : elles désapprouvent le fait que le législateur ait accordé à la femme le droit de demander le divorce pour cause de discorde, car celle-ci « s'énerve plus vite et se précipite dans la décision du divorce »¹⁰⁹³.

En raison du caractère urgent de la pension alimentaire, le législateur a prévu un délai d'un mois pour se prononcer sur ce sujet. Un juge trouve cette mesure irréaliste puisque « rien que la convocation peut prendre jusqu'à quatre mois, la notification de la décision du tribunal est impossible dans les 15 jours. Le délai d'un mois est quand l'affaire est prête. Il faut que le justiciable ait reçu la convocation et l'autre partie y ait répondu. Et même dans certains cas, on demande un délai, ce qui retarde encore la procédure »¹⁰⁹⁴.

Les avis sont également partagés à propos de l'article 49 relatif à la question de la gestion des biens acquis pendant le mariage. Monsieur Sebaghi est parmi les défenseurs de l'article 49 : « En conformité aux principes de la justice et de l'équité, l'article 49 est venu confirmer une pratique coutumière déjà applicable dans certaines régions (Alkad wasia'ya) ». Pour M. Filali, Président de la section de la famille de Meknès, « l'article 49 est venu pour que la justice règne. La femme au foyer participe à l'économie du ménage. L'épouse qui économise 100 DH dans la gestion du ménage participe activement aux acquis. Cependant, il faudra toujours apporter la preuve de cette participation même si elle n'est pas matérielle ». M. Yatana, quant à lui, affirme : « l'article 49 est raisonnable, il protège la fille de famille ».

D'autres critiquent cet article : « L'article 49 a été pris trop rapidement, la rédaction est mal faite, les paragraphes ne sont pas homogènes, le discours n'est pas clair. Le législateur devait prévoir plusieurs articles qui expliquent ce texte »¹⁰⁹⁵, proteste un magistrat. « L'article 49 doit être réécrit, c'est flou. Il y a le problème de la preuve »¹⁰⁹⁶, affirme un autre. Les juges interrogés sont unanimes sur la difficulté de prouver la participation de l'autre époux. Ainsi, les deux magistrates interrogées avancent que « l'article 49 pose la question de la preuve. Si la femme travaille, il faut une attestation de salaire. Il y a un déséquilibre et une injustice envers les femmes »¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹³ Entretien avec Madame Kalloubi et Madame Bertal, Meknès, le 18 mai 2016.

¹⁰⁹⁴ Entretien avec M. Aliloui, Meknès, le 13 mai 2016.

¹⁰⁹⁵ Entretien avec M. Massou, Meknès, le 12 mai 2016.

¹⁰⁹⁶ Entretien avec M. Chahad, Meknès, le 13 mai 2016.

¹⁰⁹⁷ Entretien avec Madame Kalloubi et Madame Bertal, Meknès, le 18 mai 2016.

B. L'interprétation des nouvelles dispositions du CF

Il faudra, tout d'abord, noter que les formations spécifiques sur la Moudawana de 2004 n'ont pas inclus la totalité des juges¹⁰⁹⁸ alors que le nouveau texte a attribué aux magistrats un large pouvoir d'appréciation. Cela laisse craindre que l'esprit novateur du nouveau Code soit contrarié par la mentalité conservatrice de certains juges. La Moudawana de 2004 attribue à ce professionnel de la justice un large pouvoir d'appréciation, d'autant plus que ses décisions en matière d'autorisation du mariage de mineurs et de polygamie ne sont pas susceptibles de recours devant une autre juridiction en raison de leur caractère administratif. Seul donc le refus d'autorisation est susceptible de recours. Nous allons, donc, étudier l'appréciation de l'élément exceptionnel faite par le magistrat dans le cadre de l'autorisation pour le mariage du mineur (1) ou de polygamie (2).

1. L'appréciation de l'exception dans le cas du mariage du mineur

Concernant, le mariage du mineur, selon l'article 20, « le juge de la famille chargé du mariage peut autoriser le mariage du garçon et de la fille avant l'âge de la capacité prévu à l'article 19 ci-dessus, par décision motivée précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage, après avoir entendu les parents du mineur ou son représentant légal, et après avoir eu recours à une expertise médicale ou procédé à une enquête sociale. La décision du juge autorisant le mariage d'un mineur n'est susceptible d'aucun recours ». Ainsi, le législateur a attribué au juge un large pouvoir dans l'appréciation de l'exception dans le cadre du mariage du mineur.

Selon l'enquête de M. Mouaqit, l'appréciation de l'exception est généralement fondée sur une « évaluation » purement subjective. Le juge évalue du regard la « dérogeabilité » de la jeune fille à l'âge minimal fixé par la loi. Le recours à l'expertise du médecin prévue par la loi n'est quasiment jamais pratiqué¹⁰⁹⁹. Ce constat est confirmé par le juge notaire enquêté à la section de la famille de Meknès : « On regarde si l'aspect physique est bien rempli, et si elle veut se marier ». Dans son pouvoir d'appréciation, le juge prend en compte également l'élément social ou moral pour mettre en œuvre la dérogation ; il s'agit pour le juge de ne pas faire manquer à la jeune fille ou à sa famille l'opportunité d'un

¹⁰⁹⁸ Monsieur Donossila, juge notaire à la section de la famille de Meknès nous a confié qu'il n'a pas eu de formation spécifique sur la Moudawana de 2004.

¹⁰⁹⁹ MOUAQIT M., « Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille », *op. cit.*, p. 173.

mariage, ou de régulariser une relation extraconjugale susceptible, si la dérogation n'était pas appliquée, de conséquences sociales et pénales sur les individus et leurs familles¹¹⁰⁰. Dans cette perspective, par leur interprétation, les juges ne font pas correspondre leur appréciation au changement imprimé par le législateur à la loi.

C'est le juge notaire qui accorde l'autorisation pour le mariage du mineur. À la section de la justice de la famille de Meknès, l'âge minimum pour donner l'autorisation au mariage est de 16 ans. Ainsi M. Donossila juge notaire à la même juridiction affirme : « Pour les demandes de mariage avant 16 ans on donne l'injonction au greffier de refuser automatiquement, on évite aux familles de payer 37 DH » ; il rajoute : « j'ai été amené trois ou quatre fois à autoriser le mariage avant l'âge de 16 ans. Dans un cas, les parents étaient morts, la grande mère est pauvre et ils habitent dans une baraque dans la forêt. La jeune fille peut faire l'objet de viol à tout moment. Nous prenons en considération la réalité sociale qui est la pauvreté ». Il s'assure du consentement de la jeune mineure : « Je rencontre la fille toute seule pour vérifier s'il n'y a pas de violence ou de mariage forcé. Si c'est le cas, j'essaye de faire semblant devant les parents et de refuser l'autorisation sans dire que la fille n'est pas consentante par peur de représailles. Par exemple, dans le cas où le prétendant était un délinquant en prison pour trafic de drogue, j'ai refusé l'autorisation de mariage ». Le juge prend en compte également le rapport de l'assistante sociale qui rencontre individuellement la mineure. Toutefois, nous avons pu nous entretenir avec une jeune fille de 16 ans (Fatima) à sa sortie d'un entretien avec l'assistante sociale, elle nous a confié que les questions de celle-ci s'articulent autour de la capacité de la jeune fille à cuisiner¹¹⁰¹.

À la section de la famille de Meknès, trois dossiers sur huit sont refusés au maximum, ce qui confirme le fait que le mariage des mineurs est devenu la règle au lieu d'être l'exception. Selon les statistiques du ministère de la Justice et des Libertés, publiées en mai 2014, le mariage des mineurs est passé de 18,341 cas en 2004, à 35,152 en 2013, ce qui représente 11,47% de l'ensemble des mariages contractés, contre 7,75% en 2004¹¹⁰². En 2013, 85,46% des demandes de dérogation au mariage de mineurs ont été acceptées¹¹⁰³. Ces chiffres aussi élevés sont en contradiction avec l'article 20 qui fait du mariage des mineurs

¹¹⁰⁰ *Ibid.*

¹¹⁰¹ Entretien avec Fatima, au tribunal de la famille, Meknès, le 18 mai 2016.

¹¹⁰² Ministère de la Justice et des Libertés, *Alkadae alosari : Alwakie walafak, achr sanawat min tatbik moudawanat alosra, dirasa tahlilia ihsaeya (La justice de la famille : réalités et horizons, 10 ans d'application du code de la famille, étude analytique et statistique)*, 2004-2013, 2014, p. 40. Téléchargeable sur www.adala.justice.gov.ma

¹¹⁰³ *Ibid.*, p. 43.

l'exception. Cette recrudescence s'explique probablement par la simplicité de la procédure et l'octroi facile de la dérogation au mariage précoce.

2. L'appréciation du motif justifiant la polygamie

Comme pour l'article 20, le juge en matière de polygamie apprécie l'exception qui permettra de déroger au principe du mariage monogamique. Encore plus que dans le cadre de l'article 20, le législateur a cherché à rendre la dérogation pour le mariage monogamique « exceptionnellement exceptionnelle »¹¹⁰⁴. Ces visées législatives sont-elles confirmées par l'interprétation qu'en fait le juge à l'exception au mariage monogame ? Qu'entendons-nous par motif objectif et exceptionnel ? Et qu'entendons-nous par « ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers » ?

Par motif exceptionnel et objectif, Monsieur Massou, juge à la section de la famille de Meknès, cite par exemple « la stérilité de la femme, une maladie qui rend les relations sexuelles impossibles, la femme qui ne veut pas retourner au Maroc et préfère rester avec ses enfants à l'étranger »¹¹⁰⁵. Monsieur Chahad ajoute : « le fait de ne pas supporter les devoirs du mariage » et précise que « l'accord de la première épouse allège le motif exceptionnel, il allège la preuve dudit motif »¹¹⁰⁶. Si la femme n'est pas d'accord, le mari doit prouver le motif objectif et exceptionnel comme un certificat médical prouvant que la femme ne peut avoir de relations sexuelles.

¹¹⁰⁴ MOUAQIT M., « Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille », *op. cit.*, p. 174. Mouaqit explique la dérogeabilité exceptionnellement exceptionnelle au mariage monogamique : « Pour bien connaître l'esprit qui a présidé à l'élaboration de cette disposition, il convient de revenir au discours royal, placé en préambule du guide du NCF élaboré par le ministère de la justice. Le passage du discours royal relatif aux nouvelles dispositions sur la polygamie est un véritable exercice alambiqué de justification, où le raisonnement consiste à établir d'abord le principe absolu de l'impossibilité de la polygamie, puis de lui apporter une nuance le rendant seulement quasi impossible, une nuance qui rend possible d'assortir le principe d'une dérogation justifiée par la nécessité de prévenir une polygamie de fait et animée par le souci moraliste du législateur d'éviter le « fassad » et, enfin, d'assortir cette dérogation d'une conditionnalité garante de son caractère exceptionnel : « S'agissant de la polygamie, nous avons veillé à ce qu'il soit tenu compte des desseins de l'Islam tolérant qui est attaché à la notion de justice, à telle enseigne que le Tout-Puissant a assorti la possibilité de polygamie d'une série de restrictions sévères ». « Si vous craignez d'être injustes, n'en épousez qu'une seule ». Mais le Très-Haut a écarté l'hypothèse d'une parfaite équité, en disant en substance : « Vous ne pouvez traiter toutes vos femmes avec égalité, quand bien même vous y tiendriez », ce qui rend la polygamie légalement quasi impossible. De même, avons-nous gardé à l'esprit cette sagesse remarquable de l'Islam qui autorise l'homme à prendre une seconde épouse, en toute légalité, pour des raisons de force majeure, selon des critères stricts, draconiens, et avec, en outre, l'autorisation du juge ». Toute cette acrobatie intellectuelle est destinée à signifier le caractère désormais exceptionnel de la polygamie. Elle trouve son expression dans l'énoncé de la loi. Une lecture logique de la loi devrait impliquer que le statut d'exceptionnalité de la polygamie serait contrarié si la dérogation à la monogamie pouvait aller au-delà de deux épouses ». *Ibid.*, p. 174-175.

¹¹⁰⁵ Entretien avec M. Massou, Meknès, le 12 mai 2016.

¹¹⁰⁶ Entretien avec M. Chahad, Meknès, le 13 mai 2016.

Pour l'aspect matériel, M. Massou nous a précisé qu'il « exige la capacité de l'homme d'assurer deux foyers, deux logements distincts ; une maison de deux étages suffit »¹¹⁰⁷. Le seuil de revenu à partir duquel le juge peut accorder l'autorisation de polygamie est différent selon les villes et selon la ville ou la campagne. Selon M. Alliloui, juge à la section de la famille de Meknès, il suffit d'avoir un revenu moyen mensuel de 5,000 ou 6,000 DH et le consentement de la première épouse pour accorder l'autorisation de la polygamie. Tandis que pour Monsieur Chahad, l'aspect matériel est un salaire de 7,000 ou 8,000 DH.

Comme pour le mariage de la mineure, les raisons sociales ou morales sont toujours à prendre en compte. Par exemple, en cas de grossesse illégitime par un mari auquel l'autorisation d'une seconde épouse n'avait pas été accordée lors d'une première demande, le magistrat régularise la situation par une dérogation rétroactive, même si les conditions objectives requises ne sont pas réunies¹¹⁰⁸. « Si on refuse la polygamie, on est devant deux cas, le divorce ou la demande de reconnaissance de mariage »¹¹⁰⁹. Pire encore, M. Alliloui reconnaît qu'il accorde la polygamie parce que la femme ne supporte pas une certaine fréquence des rapports sexuels : « Il y a des époux qui demandent l'autorisation de polygamie parce que leurs femmes ne supportent pas une certaine fréquence, si la femme est d'accord, on lui accorde la dérogation, sinon il va vers la fornication ou il répudie sa femme ». M. Massou, quant à lui, avoue qu'il a déjà donné la possibilité à un époux de se marier une quatrième fois dans le sud-est du Maroc. Selon lui, « les particularités locales de cette région, où la plupart de familles vivent de l'agriculture, exigent que le mari ait beaucoup de femmes pour l'aider dans son travail »¹¹¹⁰. Ainsi, comme l'a déjà évoqué M. Mouaqit, il s'illustre chez le juge la prévalence du moralisme ou du pragmatisme social sur le légalisme dans l'application de la loi¹¹¹¹.

En somme, nous rejoignons Bérénice Murgue pour affirmer que « la Moudawana réformée a été porteuse d'espoir d'émancipation pour toutes les femmes marocaines, et d'un nouveau souffle social et juridique sur le pays. Ce texte emblématique est cité en exemple dans un grand nombre de pays musulmans et les dirigeants des puissances occidentales se

¹¹⁰⁷ Entretien avec M. Massou, Meknès, le 12 mai 2016.

¹¹⁰⁸ MOUAQIT M., « Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille », *op. cit.*, p. 175.

¹¹⁰⁹ Entretien avec M. Chahad, Meknès, le 13 mai 2016.

¹¹¹⁰ Entretien avec M. Massou, Meknès, le 12 mai 2016.

¹¹¹¹ MOUAQIT M., « Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille », *op. cit.*, p. 175.

sont félicités de l'ambition modernisatrice du jeune souverain »¹¹¹². Toutefois, plusieurs années après sa mise en œuvre, ce texte ne semble pas être à la hauteur des espoirs suscités.

¹¹¹² MURGUE B., « La Moudawana : les dessous d'une réforme sans précédent », *Les Cahiers de l'Orient*, février 2011, n° 102, p. 21.

CHAPITRE II - DES ACQUIS JURIDIQUES DIFFICILES À METTRE EN ŒUVRE PAR LES TRIBUNAUX DE LA FAMILLE

La Moudawana de 2004 consacre une certaine égalité des époux par l'unification de l'âge matrimonial, la coresponsabilité des époux et la suppression du devoir d'obéissance de l'épouse. Toutefois, elle maintient certaines normes anciennes comme la répudiation et la polygamie, tout en les contrôlant.

La judiciarisation de la répudiation et l'obligation de l'autorisation du juge en matière de polygamie ont permis de diminuer le nombre de ces pratiques. Ainsi, selon les statistiques du ministère de la Justice, un an après la promulgation de la nouvelle Moudawana, le nombre des cas de répudiation est passé de 44 922 en 2003, à 26 914 en 2004, puis à 22 937 en 2011¹¹¹³. Les mêmes effets sont constatés à propos de la polygamie¹¹¹⁴.

Malgré ce bilan positif, les juridictions se heurtent au manque de moyens aussi bien matériels qu'humains (section 1). De telles conditions constituent, indéniablement, un obstacle à une bonne application de la Moudawana (section 2).

Section 1- L'application du CF : les mesures prises et leurs limites

Dès l'annonce des grandes lignes du CF par le Roi devant le Parlement, le ministère de la Justice prend un certain nombre de mesures afin de garantir une bonne application de la nouvelle Moudawana. La plus spectaculaire consiste dans la création de soixante-dix sections de justice de la famille (§1) composées de professionnels qui ont reçu, pour la plupart d'entre eux, une formation spécifique (§2).

§1- L'adaptation de l'appareil judiciaire

Reconnaître la particularité de la famille et lui permettre de jouer ses différents rôles nécessite de lui réserver un système judiciaire spécifique. Ainsi, la réforme de 2004 instaure

¹¹¹³ Ministère de la justice et des libertés, « Statistiques des activités des sections de la justice de la famille Année 2011 », p. 5. <http://adala.justice.gov.ma>.

¹¹¹⁴ Pour rappel, en 2006, les unions polygames ne représentaient que 0,3% du nombre total de mariages (soit 811 sur 273 000) et respectivement 0,27% et 0,26% en 2007 et 2013. Cf. ministère de la Justice et des Libertés, *Alkadae alosari : Alwakie walafak, achr sanawat min tatbik moudawanat alosra, dirasa tahlilia ihsaeya (La justice de la famille : réalités et horizons, 10 ans d'application du code de la famille, étude analytique et statistique)*, 2004-2013, 2014, p. 49. Téléchargeable sur www.adala.justice.gov.ma

des tribunaux de la famille (TF) (A), implique le ministère public dans les affaires familiales (B) et met en place un fonds de garantie des pensions alimentaires (C).

A. Les tribunaux de la famille : institution, présentation et environnement

Dès l'adoption de la nouvelle Moudawana, le ministère de la Justice marocain a procédé à la mise en place des TF prévus par la loi (1). Quel est leur fonctionnement (2) ? Comment les audiences se déroulent-elles au sein de ces tribunaux (3) ?

1. La création des tribunaux de la famille

Sous l'ancienne Moudawana, les litiges ayant trait au droit de la famille étaient dispersés entre deux instances : d'une part, le tribunal du juge notaire qui contrôle les actes *adoulaïres*, les biens des mineurs et des incapables et autorise les demandes de répudiation. D'autre part, la chambre du statut personnel intégrée dans le tribunal d'instance et habilitée à connaître des actions portant sur la *nafaka*, la filiation, le divorce judiciaire et les litiges conjugaux en général¹¹¹⁵. À l'adoption de la nouvelle Moudawana en février 2004, des sections des affaires familiales ont été créées, lesquelles dépendent des tribunaux de première instance. Cette section est communément appelée « tribunal de la famille ». Il existe en outre des chambres spécifiques aux questions familiales au sein des cours d'appel. Elles jouent le rôle de juridictions de second degré pour les recours contre les jugements des tribunaux de la famille.

À l'annonce de la promulgation du CF, le ministère de la Justice s'est mis à préparer les sièges destinés à accueillir les sections de la justice de la famille. Ces sections se situent soit dans des édifices distincts des tribunaux de première instance, soit dans des pavillons au sein même de ces tribunaux. Le personnel des sections de la justice de la famille est composé de magistrats de siège en formation collégiale, de magistrats du parquet, d'une équipe de secrétaires-greffiers ainsi qu'un service d'assistance sociale. Malheureusement, les TF souffrent de manque de moyens à l'instar de la section de la justice de la famille du tribunal de première instance de Meknès.

¹¹¹⁵ GOURRAM A., *De la Moudawana au code de la famille : continuité ou rupture historique*, op. cit., p. 146.

2. Présentation des tribunaux de la famille : l'exemple de la section de la famille de Meknès¹¹¹⁶

Comme nous l'avons indiqué précédemment, durant le mois de mai 2016, nous nous sommes rendus au TF de Meknès afin de réaliser une enquête de terrain (entretiens avec des juges, observation des audiences, etc.). Ce fut l'occasion de comprendre, dans la pratique, son fonctionnement et de s'imprégner de son atmosphère générale.

La section de la justice de la famille de la ville de Meknès se situe indépendamment du tribunal de première instance et possède des moyens matériels et humains propres. Elle fonctionne comme une juridiction distincte du tribunal de première instance auquel elle est rattachée. Quant à son organigramme, cette section est dirigée par un président, 16 magistrats (dont 5 femmes) qui travaillent en formation collégiale, un service de secrétariat du greffe et des huissiers de justice (40 fonctionnaires). Enfin, deux représentants du ministère public y siègent et elle comporte trois assistants sociaux.

Le bâtiment abritant le TF est un ancien édifice avec une cour à l'intérieur. Alors qu'un service d'archive se situe à la cave, au rez-de-chaussée se trouvent les bureaux des greffiers, du ministère public, des juges notaires, des assistants sociaux, et une salle d'audience privée appelée « salle de conseil ». Au premier étage se trouve le bureau du président du tribunal, les bureaux des juges et une salle d'audience.

Avant d'arriver aux bureaux des greffiers¹¹¹⁷, nous passons par un bureau de l'enregistrement de l'action (particuliers et avocats)¹¹¹⁸. C'est le lieu de dépôt des dossiers et de l'acquittement de la taxe judiciaire. Cette taxe diffère selon l'objet de l'action : elle est de 35 DH pour les demandes de dérogation au mariage des mineurs nécessitent, le reste est de 160 DH, les actions visant la pension alimentaire sont pour leur part gratuites. Le dossier est envoyé par la suite au service du greffier compétent. Une fois traité par le greffier, l'huissier de justice procède à la notification de la convocation à l'audience. Celle-ci est remise au justiciable ou à un membre de sa famille proche¹¹¹⁹.

¹¹¹⁶ Nous avons également visité le TF de Rabat, mais nous avons choisi de présenter uniquement le TF de Meknès, car nous y avons passé plus de temps (un mois) et nous connaissons mieux ses locaux et son fonctionnement.

¹¹¹⁷ Chacun se spécialise dans une matière précise (pension alimentaire, divorce par consentement mutuel, exécution des jugements...).

¹¹¹⁸ Ce système n'est pas généralisé. Par exemple, au tribunal de la famille de Rabat il y a deux guichets : le premier réservé aux avocats et à leurs collaborateurs et le second guichet au public.

¹¹¹⁹ Le prix de la notification est à la charge du justiciable.

L'atmosphère générale au sein du tribunal de la famille de Meknès est bruyante. Les couloirs sont remplis de justiciables qui se sentent désemparés et qui sillonnent les bureaux pour demander des informations. Ils cherchent des conseils et ne savent pas à qui s'adresser faute de bureau d'accueil à l'entrée du tribunal¹¹²⁰. Ils se dirigent parfois vers des policiers qui leur répondent de manière agressive et en criant. Bien que la sécurité au sein du TF de Meknès soit bien assurée, ce lieu est fréquemment le théâtre de scène de disputes violentes entre mari et femme ou entre familles. Monsieur Yatana, juge au TF de Meknès, nous a raconté qu'il avait été témoin d'une tentative d'homicide en pleine audience de divorce. En effet, un mari a poignardé sa femme de plusieurs coups de couteau. Heureusement des policiers étaient devant la salle d'audience et ont pu sauver la femme.

Enfin, les moyens matériels mis à disposition de la justice de la famille sont insuffisants¹¹²¹. À Meknès, un juge notaire nous rapporte que « les conditions de travail sont difficiles, le matériel informatique ne marche pas ni le téléphone. Je n'arrive pas à me concentrer. Deux juges travaillent dans le même bureau. Nous recevons les justiciables parallèlement et les audiences privées deviennent quelquefois des audiences publiques, car il y a beaucoup de monde dans notre bureau »¹¹²². Un autre affirme : « On a un problème de bâtiment, et pas de bureau fixe, nous sommes quatre dans le même bureau, l'un d'entre nous est obligé d'aller ailleurs »¹¹²³. Le manque de moyens fait que les audiences ne se déroulent pas dans de bonnes conditions.

3. Le déroulement des audiences

Au sein du TF de Meknès, il existe deux salles d'audience, l'une publique et l'autre privée, qu'on appelle la chambre du conseil. Nous avons assisté à beaucoup d'audiences publiques, la plupart sont bruyantes. Faute de chaises en nombre suffisant, beaucoup de justiciables demeurent debout. Un problème est récurrent lors des audiences : la sonnerie des téléphones portables. À chaque fois, le président émet des remarques et ordonne aux policiers présents de confisquer ces téléphones. Cette salle sert également aux audiences d'enquête.

¹¹²⁰ À notre retour sur les lieux en janvier 2020, nous avons constaté qu'il y avait un bureau d'accueil à l'entrée du tribunal. Le personnel d'accueil nous a confié que ce service est mis en œuvre depuis 2017. Ce renouveau n'a pas pour autant mis fin au bruit et aux allers retours dans les couloirs du tribunal.

¹¹²¹ Toutefois il existe des disparités entre les tribunaux urbains et ruraux.

¹¹²² Entretien avec M. Donossila, Meknès, le 11 mai 2016.

¹¹²³ Entretien avec M. Chahad, Meknès, le 13 mai 2016.

Lors des audiences publiques, le juge fait passer les dossiers rapidement. Appelé par son nom, le justiciable se présente devant le corps collégial (un président et deux juges). Le président de l'audience commence alors à examiner les pièces du dossier. Si tous les documents sont bien là et si l'autre partie a accusé réception de l'assignation, le président annonce la date du dossier. Nous avons assisté également à des audiences où le juge rend uniquement les jugements.

Parallèlement, il existe des audiences privées (chambre de conseil) où se déroulent conformément à l'article 82 du CF les procédures de divorce et de divorce judiciaire. C'est lors de ces audiences privées que se déroule la procédure de conciliation. Malgré nos demandes répétées, l'accès à ces audiences nous a été interdit pour des raisons de confidentialité.

Dans la salle d'attente, une greffière crie les noms des justiciables par ordre de passage. Les deux parties accèdent à la chambre avec leurs avocats. À l'intérieur, comme lors des audiences publiques, le tribunal est composé d'un président, de deux juges et d'un greffier. C'est une salle spacieuse, mais sombre. Au TF de Rabat, l'audience privée se déroule dans un petit bureau avec peu de chaises.

Ainsi les conditions dans lesquelles se rend la justice familiale sont problématiques, ce qui met à mal les objectifs du législateur. Il reste à savoir si l'implication du procureur du Roi et de ses substituts concourt davantage à une bonne application du CF.

B. L'implication du ministère public

Alors que le ministère public ne jouait qu'un rôle secondaire sous l'ancienne Moudawana (droits des mineurs ou divorce pour absence), la nouvelle Moudawana, confère à ce personnage un rôle important dans la préservation des droits des mineurs et le maintien de l'équilibre familial (1). Malheureusement, dans la pratique, le juge du parquet joue un rôle beaucoup plus réduit (2).

1. Le rôle du ministère public dans le CF

L'article 3 est une nouveauté du CF qui désigne le ministère public comme partie prenante et principale à tous les procès familiaux. L'intervention du magistrat du parquet vise à protéger les intérêts des enfants et à renforcer l'égalité des époux (a), ainsi qu'à veiller au bon déroulement des procédures familiales (b).

a. La protection des droits des époux et des enfants

Concernant la protection des intérêts des enfants, l'article 54 de la Moudawana de 2004 met à la charge de l'État de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection des enfants. Par exemple, le ministère public peut effectuer une demande en vue d'enregistrer un enfant dans les registres de l'état civil ou poursuivre pénalement toute personne lui portant préjudice y compris ses parents.

L'article 165 du CF dispose, en outre, que « si aucun des attributaires possibles du droit de garde n'accepte de l'assurer ou si, bien que l'acceptant, il ne remplit pas les conditions requises, les intéressés ou le ministère public saisissent le tribunal, qui décide du choix de la personne la plus apte parmi les proches parents de l'enfant ou parmi d'autres personnes »¹¹²⁴. Le ministère public peut également demander la déchéance du droit de garde voire déposer une demande visant l'interdiction de voyager avec l'enfant à l'étranger si l'autorisation du représentant l'égal de l'enfant fait défaut.

Une nouveauté de la Moudawana de 2004 est la protection des intérêts des époux sur le domicile conjugal. Ainsi, en cas d'expulsion de l'un des époux, l'article 53 du CF prévoit l'intervention du ministère public pour permettre le retour au domicile conjugal de l'époux expulsé sans motif valable. Or, dans les faits, nous constatons une application imparfaite de cette disposition. Lorsque l'un des deux conjoints (c'est généralement l'épouse qui se trouve expulsée avec ses enfants) demande le retour au foyer conjugal, le parquet général ordonne à la police judiciaire d'accompagner cette épouse à son domicile. Une fois sur place, les policiers demandent à l'époux de permettre à son épouse le retour immédiat au foyer conjugal. Mais, si ledit époux refuse, le ministère public n'intervient pas pour l'y obliger¹¹²⁵.

Enfin, selon l'article 121 du CF, le ministère public peut exécuter les mesures provisoires et urgentes prises par le tribunal en faveur de la femme ou des enfants. À ce titre, le magistrat du parquet peut faire appel à la force publique pour protéger les droits de l'épouse et de ses enfants et préserver leur stabilité psychologique et sociologique dans

¹¹²⁴ <http://adala.justice.gov.ma/>

¹¹²⁵ BOUKAISSI F-Z., « Du déroulement des audiences à la Section de la Justice de la famille près les tribunaux de première instance de Rabat », dans ALAMI M'CHICHI H., MOUAQIT M., BENRADI M., OUNNIR A., ZEIDGUY R., *Le code de la famille. Perception et pratiques judiciaires*, publié par la fondation Freidrich Ebert, janvier 2007, p. 212-213.

l'attente d'un jugement définitif du tribunal¹¹²⁶. Il doit, en outre, veiller au bon déroulement des procès familiaux.

b. Le contrôle du bon déroulement des procédures

En tant que partie principale aux procès, le ministère public doit veiller au bon déroulement des procès familiaux. À ce titre, il doit assister aux audiences, présenter ses conclusions et exercer toutes les voies de recours à l'exception de l'opposition. Dans un procès de divorce, le ministère public veille à la notification des convocations. Si la femme entame un divorce pour absence, le ministère public s'assure de l'absence réelle de l'époux du domicile conjugal¹¹²⁷.

Dans les demandes de polygamie, le parquet entame des recherches pour notifier à l'épouse la demande déposée par son mari¹¹²⁸. Selon l'article 43 al. 3 le ministère public intervient, en outre, sur demande de l'épouse pour déclencher l'action publique (article 361 du Code pénal)¹¹²⁹ à l'encontre du mari qui fournit des informations erronées sur son épouse ou procède à des falsifications.

Ainsi la Moudawana de 2004 a attribué aux magistrats du parquet un rôle déterminant dans la protection des droits de la femme et des enfants, néanmoins, la portée de l'article 3 du CF reste tributaire du niveau d'adhésion de ces magistrats, qui doivent activer toutes les procédures et les dispositions protectrices prévues par le CF.

2. Le rôle réel du ministère public au sein des TF

À notre visite, que ce soit à la section de la famille de Meknès ou de Rabat, il nous est vite apparu que le représentant du ministère public n'est pas présent aux audiences. Nous avons su par la suite que dans la pratique, le rôle du ministère public est d'émettre des

¹¹²⁶ EL FAKHOURI I., « dawr Niyaba alama fi almada alosariya (Rôle du ministère public en matière familiale) », <http://cieersjo.com/2017/06/29/>

¹¹²⁷ LAMADDEB B, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, op.cit., p. 138.

¹¹²⁸ *Ibid.*

¹¹²⁹ Article 361 du Code pénal : « Quiconque se fait délivrer indûment ou tente de se faire délivrer indûment un des documents désignés à l'article précédent, soit en faisant de fausses déclarations, soit en prenant un faux nom ou une fausse qualité, soit en fournissant de faux renseignements, certificats ou attestations, est puni de l'emprisonnement de trois mois à trois ans et d'une amende de 200 à 300 dirhams. Le fonctionnaire qui délivre ou fait délivrer un des documents désignés à l'article 360 à une personne qu'il sait n'y avoir pas droit, est puni de l'emprisonnement d'un à quatre ans et d'une amende de 250 à 2.500 dirhams, à moins que le fait ne constitue l'une des infractions plus graves prévues aux articles 248 et suivants. Il peut, en outre, être frappé de l'interdiction de l'un ou plusieurs des droits mentionnés à l'article 40 pendant cinq ans au moins et dix ans au plus. Les peines édictées à l'alinéa 1^{er} sont appliquées à celui qui fait usage d'un tel document, le sachant obtenu dans les conditions précitées, ou établi sous un nom autre que le sien ».

observations juridiques concernant les affaires qui lui sont notifiées, en usant les imprimés établis par le ministère. Or, les articles du CF, attribuent au procureur du Roi un rôle beaucoup plus large.

Dès la mise en œuvre du CF, la question du partage des compétences entre le ministère public près du tribunal de première instance et celui auprès des sections de la famille est posée. À Meknès, l'application de l'article 53 (retour au domicile conjugal de l'époux expulsé) et de l'article 54 (protection des enfants) est du ressort du parquet du tribunal d'instance. Le substitut du procureur auprès de la section de la famille, Madame Keltoum, nous a confié qu'elle applique uniquement l'article 177 (la déchéance de la garde). Elle n'assiste pas aux audiences, elle rend des écrits dans toutes les actions, sauf en ce qui concerne la tutelle et la *kafala*¹¹³⁰.

C'est le ministère public près du tribunal de première instance de Meknès qui est compétent pour l'arrestation du débiteur de la pension alimentaire ainsi que la présentation et le renvoi du prévenu devant le tribunal pénal. Celui-ci dispose davantage de moyens d'action que le ministère public auprès du tribunal de la famille¹¹³¹.

À côté de son rôle de veiller à la bonne application du CF, la substitute du procureur auprès de la section de la famille de Meknès nous a confié que l'essentiel de son travail se résume au rôle d'assistante sociale ou de médiatrice. Son bureau est devenu un bureau d'accueil, notamment pour accueillir des femmes victimes de violence et les orienter. Devant son bureau il y a une foule de gens, notamment des femmes.

Pour une mise en œuvre effective de la réforme de 2004, l'État a adapté l'appareil judiciaire par la création des TF et a impliqué davantage le ministère public. Il était également nécessaire que l'État institue un fonds pour recouvrer les créances alimentaires non payées.

C. L'instauration d'un fonds de garantie des pensions alimentaires

Le contentieux relatif à la pension alimentaire est abondant au Maroc. Cependant, la lenteur des délais et les difficultés dans l'exécution des décisions judiciaires en matière de pension alimentaire demeurent l'une des principales anomalies dans l'application de la

¹¹³⁰ Entretien avec le substitut du procureur auprès de la section de la famille de Meknès, Meknès, le 18 mai 2016.

¹¹³¹ Entretien avec le substitut du procureur auprès du TI de Meknès, Meknès, le 19 mai 2016.

nouvelle loi. En 2011, le taux d'exécution des jugements de la pension alimentaire ne dépasse pas 59,93%¹¹³².

Afin de résoudre ce problème, le CF prévoit la mise en place d'une caisse d'entraide sociale et familiale. Par le biais de cette caisse, l'État verse une aide aux femmes démunies, divorcées et à leurs enfants. Le but étant de surmonter les besoins quotidiens de ces femmes dans le cas où le mari est insolvable ou en attendant l'exécution des jugements. Ce vœu n'a été concrétisé que le 30 décembre 2010 par la loi n° 41-10 fixant les conditions et procédures pour bénéficier des prestations du fonds d'entraide familiale, avant que cette loi ne soit modifiée par le dahir du 22 février 2018 portant promulgation de la loi n° 83.17¹¹³³. Depuis ce dernier dahir, le champ des personnes bénéficiaires est élargi, le plafond des prestations est augmenté et les procédures simplifiées.

Ainsi, la loi de 2018 a élargi le champ des bénéficiaires du fonds. Auparavant et depuis 2010, seuls les enfants dont la mère est divorcée ou veuve pouvaient prétendre à l'aide versée par la Caisse d'entraide familiale. Désormais, la femme dont le mari ne verse pas de pension alimentaire peut également se prétendre à cette aide, mais après décision judiciaire. De plus, l'ancienne loi limitait le bénéfice de cette aide à trois enfants au maximum. La nouvelle loi de 2018 a rajouté une quatrième bénéficiaire qu'est l'épouse.

350 dirhams par bénéficiaire est le montant de l'aide accordée chaque mois par le fonds. Mais, il faudra toutefois que le total des sommes versées aux membres d'une même famille ne dépasse 1.050 dirhams par mois. Si l'on inclut l'épouse démunie, ce montant pourra atteindre au maximum 1.400 dirhams.

Enfin, grande nouveauté de la nouvelle loi de 2018 : la simplification de la procédure pour bénéficier du fonds. Les documents exigés sont réduits : le certificat de vie et celui de non-imposition sont supprimés, le certificat d'indigence ne sera plus délivré par le gouverneur, mais simplement par les autorités locales où réside la femme qui en fait la demande. Une autre mesure de simplification introduite par le nouveau texte concerne le tribunal compétent. Auparavant, le tribunal compétent était celui qui a prononcé le divorce, désormais, et pour éviter les déplacements parfois dissuasifs, depuis 2018, la femme peut se diriger vers le tribunal d'instance ayant prononcé la décision de la pension alimentaire ou le tribunal dans le ressort duquel se trouve son domicile.

¹¹³² Ministère de la justice et des libertés, « Statistiques des activités des sections de la justice de la famille Année 2011 », p. 19. Téléchargeable sur <http://adala.justice.gov.ma>.

¹¹³³ Téléchargeable sur <http://adala.justice.gov.ma>.

Le nombre de bénéficiaires accroit constamment, mais sans être à la hauteur des attentes. Depuis décembre 2012 et jusqu'à fin février 2018, le nombre d'aides accordées s'élève à 18 639, pour une enveloppe de 190,788 millions de DH, donc très peu par rapport aux attentes non remplies¹¹³⁴. Lorsque nous nous sommes rendus au TF de Meknès, le 9 janvier 2020, les statistiques que nous avons obtenues indiquent que sur 364 demandes de bénéficier des fonds de la caisse d'entraide sociale et familiale, s'étalant entre la période du 2 janvier 2019 et 30 septembre 2019, 224 demandes ont été acceptées.

Malgré ce constat positif, une application optimale de la Moudawana nécessite une augmentation supplémentaire du budget de la caisse d'entraide sociale. Il est clair que la somme de 350 DH par mois et par enfant ne peut satisfaire ordinairement ses besoins vitaux. Une bonne application de la Moudawana de 2004 nécessite également la mise à disposition de la justice de la famille de professionnels bien formés et à la hauteur des attentes des justiciables.

§2- L'investissement dans les ressources humaines

Avoir des professionnels de la justice bien formés et aptes à assurer leur rôle est un préalable nécessaire à la réussite de tout système judiciaire. Il faudra alors mettre l'accent sur la formation. Mais, celle-ci ne se limite pas aux cadres judiciaires, elle s'étend à l'ensemble du personnel en contact direct avec les justiciables (A). Toutefois, le nombre insuffisant de ces agents demeure un obstacle déterminant à l'application de la Moudawana de 2004 (B).

A. Les moyens humains mis en place

À l'entrée en vigueur de la Moudawana de 2004, des formations ont été organisées au profit de professionnels de la Justice (1). L'État a misé également sur le développement de la médiation familiale (2).

1. La formation des professionnels de la Justice

Assurer une bonne application de la loi nécessite une formation des professionnels de la justice aux nouvelles dispositions de la Moudawana. C'est pourquoi, plusieurs

¹¹³⁴ <https://www.leconomiste.com/article/1027788-le-fonds-d-entraide-familiale-sur-les-bons-rails>.

programmes ont été établis avec différents partenaires et qui sont destinés aux magistrats (a), aux adouls, aux notaires, ainsi qu'aux traducteurs (b).

a. La formation des magistrats

À l'adoption du CF, un groupe de juges était déjà prêt. En 2003, un groupe de magistrats (choisis minutieusement par le ministère de la Justice) reçut une formation lui permettant d'appréhender dans les meilleures conditions les dossiers à venir¹¹³⁵. Partant, trente juges ont été choisis parmi les élèves magistrats et les juges en service, afin de suivre une formation d'une semaine sur les conventions internationales signées par le Maroc et les nouveaux outils de communication¹¹³⁶. Les critères requis étaient l'adhésion à la philosophie du nouveau droit de la famille ainsi que le souci de l'égalité hommes-femmes et l'ouverture d'esprit¹¹³⁷.

Les étudiants qui sont encore à l'Institut Supérieur de la Magistrature (ISM) reçoivent une formation appropriée sur la Moudawana. Des journées d'étude sont organisées au profit de 320 magistrats pour leur expliquer les nouvelles dispositions du CF et recenser les éventuelles difficultés dans sa mise en œuvre¹¹³⁸. Outre la formation juridique, ces journées d'étude sont interdisciplinaires. Elles incluent d'autres disciplines comme la sociologie et la psychologie¹¹³⁹.

En 2005, un programme de formation a été mis en place par l'American Bar Association (ABA)¹¹⁴⁰, en coopération avec l'ISM. Ce programme inclut trois formations : le principe de l'équité en Islam, l'approche de genre dans les standards internationaux et les principales institutions de protection des droits de l'homme et leurs interactions avec le

¹¹³⁵ MURGUE B., « La Moudawana, les dessous d'une réforme sans précédent », *op. cit.*, p. 22.

¹¹³⁶ *Ibid.*

¹¹³⁷ *Ibid.*

¹¹³⁸ « Les mesures prises pour la mise en œuvre des dispositions du Code de la Famille », *Justice de la Famille*, Publication du ministère de la justice, A.D.I.J.J, n° 1, Juillet 2005, p. 12.

¹¹³⁹ GOURRAM A., *De la Moudawana au code de la famille continuité ou rupture historique*, *op. cit.*, p. 224.

¹¹⁴⁰ « Installée au Maroc depuis fin 2004, elle a développé trois chantiers centraux : - le programme « legal justice development » vise à fournir une expertise et une formation pour les magistrats dans le cadre d'un partenariat avec l'ISM (institut supérieur de la magistrature). Le NCF constitue un axe central du projet. -Le programme « women and the law » a pour but de fournir de l'aide aux femmes juristes pour les aider à développer leurs compétences et leurs capacités pour qu'elles puissent ensuite venir en aide aux femmes les plus démunies.- Le programme « Human Rights Clinic » a pour but d'ouvrir des centres d'assistance en matière de droits de l'homme » (NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, *op. cit.*, Note de bas de page 362, p. 430).

CF¹¹⁴¹. Les travaux de ces journées d'étude et de ces sessions de formation sont publiés par le ministère de la Justice dans une revue spécialisée, intitulée « Justice de la famille ».

Cependant, le temps de la formation reste bref et n'implique pas tous les magistrats. De plus, pour les magistrats les plus chanceux (ceux qui ont suivi une formation sur le CF) le fait de se voir dispenser des formations accélérées sur les droits humains de quelques jours seulement n'est pas suffisant. Un cadre d'une ONG de défense des droits humains préconise que cette discipline (Droits humains/droits de l'Homme) soit enseignée dans les facultés de droit ou à l'ISM. Il est inconcevable de demander à des juges d'adopter la philosophie des droits humains sans leur fournir le bagage nécessaire¹¹⁴².

Le ministère de la Justice a organisé plusieurs journées d'étude sur certaines dispositions spécifiques de la Moudawana au profit des notaires, des adouls, et des traducteurs.

b. La formation des adouls, des notaires et des traducteurs

Concernant le notariat, une journée d'étude a été organisée le 21 avril 2004 avec les notaires sur le thème des « innovations du Code de la Famille ayant trait à la profession du notariat », en présence des responsables de l'Agence Nationale de la Conservation Foncière. Les travaux de la journée ont permis d'échanger à travers des débats et d'avoir une vision claire sur les domaines d'intervention des notaires¹¹⁴³.

S'agissant des adouls, deux journées d'étude ont été organisées à leur profit. Le thème en fut « les innovations du code de la famille en rapport avec la profession ». Pendant cette journée ont été revues les nouvelles dispositions du Code et les nouvelles missions assignées aux adouls¹¹⁴⁴.

Dans le même sens, le ministère de la Justice a organisé une journée d'étude au profit des traducteurs. Au cours de cette journée, tenue au siège de l'ISM et animée par des conseillers détachés au service central du ministère, ont été expliqués les nouvelles

¹¹⁴¹ *Ibid.*

¹¹⁴² Entretien accordé à M. NDIAYE à Rabat pendant l'année 2010. *Op.cit.*, p. 431.

¹¹⁴³ Cf. *RSJF*, publication de l'ADIJJ, *op.cit.*, p. 13-14.

¹¹⁴⁴ Ces nouvelles matières se réfèrent au mandat pour contracter le mariage, le mariage de le handicapé mental, la rédaction de document établissant l'accord des deux conjoints sur la gestion des biens communs, la rédaction de l'acte d'aveu de paternité...

dispositions du CF, tout en mentionnant les terminologies françaises adéquates¹¹⁴⁵. Les avocats quant à eux ne sont malheureusement pas visés dans les formations.

2. La mise en place d'un corps de médiateurs familiaux

La médiation en général et familiale en particulier est considérée comme un moyen alternatif efficace pour résoudre les conflits entre les individus¹¹⁴⁶. Au Maroc, depuis l'adoption du CF, les autorités politiques ont senti la nécessité de développer ce mode alternatif de résolution des conflits, mais l'absence d'un texte juridique institutionnalisant la médiation familiale reste parmi les lacunes qui entravent son application effective¹¹⁴⁷. La seule référence en la matière est la loi 08-05 sur l'arbitrage et la médiation conventionnelle. Au Maroc, la médiation familiale s'exerce au sein même des juridictions (a), sans oublier le travail colossal des associations en ce domaine (b).

a. La médiation au sein de l'appareil judiciaire

Le contentieux familial ne peut être assimilé aux autres procédures judiciaires. Il est question de gérer des sentiments, des secrets de famille et l'avenir des enfants. L'usage d'autres modes de résolution des conflits conjugaux afin de limiter les cas de divorce, est clairement exprimé par le souverain dans l'exposé des grandes lignes de la réforme du CF : « Il s'agit, en effet, de restreindre le droit de divorce reconnu à l'homme, en lui attachant des normes et conditions visant à prévenir un usage abusif de ce droit. Le Prophète– Prière et Salut soient sur Lui – dit à cet égard : « Le plus exécrationnable (des actes) licites, pour Dieu, est le divorce. » Pour ce faire, il convient de renforcer les mécanismes de conciliation et d'intermédiation, en faisant intervenir la famille et le juge »¹¹⁴⁸. Ainsi les autorités marocaines ont choisi de confier le rôle de médiateur et de conciliateur en premier lieu au juge (a.1) et ont institué, en parallèle, des assistants sociaux au sein des tribunaux (a.2).

a.1 Le juge médiateur et conciliateur

Le CF incite impérativement le juge de tenter de réconcilier les époux, pour tout type de divorce (à l'exception du divorce pour absence). En présence d'enfants, le tribunal procède à deux tentatives de conciliation espacée entre elles de trente jours. Le juge est aidé

¹¹⁴⁵ *RSJF*, publication de l'ADIJJ, *op. cit.*, p. 15.

¹¹⁴⁶ « Plaidoyer pour l'institutionnalisation de la médiation familiale », *Le matin*, 14/01/2019. *Le matin.ma*

¹¹⁴⁷ *Op.cit.*

¹¹⁴⁸ Préambule du CF, Code de la famille, p. 8. Téléchargeable sur adala.justice.gouv.ma

par deux arbitres, appartenant aux familles respectives des époux, afin de réussir sa mission. Le juge peut nommer en outre un conseil de famille.

À côté de son rôle de conciliateur, le Roi attribue au juge, lors de son discours de présentation du CF, un rôle de médiateur : « il convient de renforcer les mécanismes de conciliation et d'intermédiation, en faisant intervenir la famille et le juge »¹¹⁴⁹. Or, la médiation et la conciliation recouvrent deux processus bien distincts. La médiation c'est se séparer dans les meilleurs termes, alors que la conciliation vise la réconciliation. On comprend ainsi mieux le caractère novateur de la médiation en matière de divorce¹¹⁵⁰. L'introduction de cette procédure permet notamment dans le cas du divorce pour discorde de faire en sorte que le procès se déroule dans les meilleures conditions. Le médiateur essaye de faciliter le processus qui permettra aux parties de prendre une décision. C'est une tâche différente de celle de réconcilier les époux. Rôle attribué par la Moudawana aux arbitres ou aux conseils de famille (art. 82)¹¹⁵¹.

Comme la médiation est dévolue en premier lieu au juge, il est important de le former à ses techniques, pour qu'il puisse assurer efficacement son rôle de médiateur. Ainsi, le ministère de la Justice a organisé des collaborations avec le Centre Danois pour la Recherche et l'Information sur le Genre et l'Égalité (KVINFO) et le Fonds de Développement des Nations Unies pour la Femme (UNIFEM)¹¹⁵². Le but est de familiariser les juges ainsi que les greffiers à un système de la médiation bien développé comme celui du Danemark. Cette formation s'est étalée en deux périodes de cinq jours, dont une, au Danemark¹¹⁵³. Cependant, ce programme demeure ponctuel et limité à un certain nombre de bénéficiaires. En 2009, seulement vingt magistrats ont été formés¹¹⁵⁴.

Encore en 2017, l'ISM et le KVINFO, en partenariat avec le ministère marocain de la Justice et l'Ambassade du Danemark à Rabat, lancent un guide sur la médiation familiale¹¹⁵⁵. C'est en collaboration entre des juges enseignants à l'ISM et des experts de l'administration de la région de Copenhague au Danemark que ce guide a été élaboré. Il fournit une introduction à la médiation facilitatrice ainsi qu'une approche linguistique et

¹¹⁴⁹ *Ibid.*

¹¹⁵⁰ NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc, op. cit.*, p. 469.

¹¹⁵¹ *Ibid.*

¹¹⁵² *Ibid.*, p. 471.

¹¹⁵³ *Ibid.*

¹¹⁵⁴ *Ibid.*

¹¹⁵⁵ www.infomediaire.net/mediation-familiale-le-maroc-tient-son-guide.

conceptuelle de la médiation dans le contexte arabo-musulman. Ce guide peut également être une forme de manuel pratique pour la formation des élèves-magistrats ou même pour les juges en exercice dans les tribunaux¹¹⁵⁶. Si le juge échoue dans sa tentative de réconciliation, il envoie les justiciables devant l'assistant social.

a.2 La formation des travailleurs sociaux

Dans son travail de médiateur, le juge est assisté au sein de sa juridiction par des assistants sociaux. Leur statut a été créé en 2008 et est entré en vigueur en 2010 sous les recommandations de l'UNIFEM. Ce service d'assistance sociale a été instauré pour la première fois dans quatre sections de la famille : Casablanca, Inzegane, Benslimane et Tanger¹¹⁵⁷. L'objectif était de faciliter le travail des juges et le personnel de la Justice à travers la recherche sociologique, l'écoute, l'orientation et la réconciliation. Ainsi, les assistants sociaux ont un rôle central à jouer dans la mise en œuvre du CF. Mais les autorités ont saisi cette question avec beaucoup de lenteur. Il est regrettable que ce service n'ait pas été mis en œuvre dès l'entrée en vigueur de la Moudawana et même s'il a été généralisé dernièrement dans tous les tribunaux de la famille, il est toujours insuffisamment fourni.

Au sein de la section de la famille de Meknès le service d'assistance sociale est institué en 2011. Deux femmes et un homme y siègent. Ils s'occupent, à la demande des juges, de la conciliation entre époux et du mariage des mineurs. Si les assistants sociaux ne réussissent pas à concilier les époux, ils les envoient devant une instance religieuse pour qu'elle tente à son tour la réconciliation. Cette institution religieuse est en l'occurrence le conseil scientifique de la ville de Meknès. Il arrive même que le juge envoie directement les époux au conseil scientifique sans qu'ils ne passent par le service d'assistance sociale¹¹⁵⁸. Faute de bureaux adéquats, les séances de réconciliation au conseil scientifique se passent uniquement le lundi matin. Nous nous sommes rendus à cette instance religieuse le 06 janvier 2020. La salle de réconciliation est spacieuse, le personnel du comité de réconciliation est uniquement bénévole, à l'exception d'une fonctionnaire qui s'occupe de l'aspect administratif. Madame Atika Baouch, bénévole, nous décrit le travail colossal de ses coéquipiers : « Nous pouvons rester jusqu'à deux ou trois heures par séance, et jusqu'à quatre

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ C'est le résultat d'un programme du ministère de la Justice « Programme d'appui aux sections de la famille pour la mise en œuvre du Code de la famille » qui prévoit la mise en place d'un système de médiation au sein des sections de la famille avec le soutien de du PNEUD, de l'UNICEF et de l'UNIFEM...

¹¹⁵⁸ L'implication du conseil scientifique dans la médiation familiale n'est pas généralisée dans tout le royaume.

séances par dossier, quelquefois on se déplace même au logement des intéressés »¹¹⁵⁹. Les déplacements et le service téléphonique sont à la charge personnelle des bénévoles. La plupart de ces bénévoles sont des enseignants à la retraite qui ont eu des formations sur la médiation familiale : « J'ai eu une formation d'un an et demi, une fois par semaine, des professionnels viennent nous former sur la médiation familiale. Des professionnels en psychologie, en sociologie, en développement personnel... »¹¹⁶⁰. Dans leurs tentatives de réconcilier les époux, les bénévoles mettent l'accent sur la dimension religieuse du mariage, prônant la mansuétude et l'affection. Dans le cas d'addictologie à l'alcool ou aux produits stupéfiants, le conseil scientifique envoie l'époux addictif vers un hôpital spécialisé pour se soigner¹¹⁶¹.

La question qui se pose est celle de l'efficacité de ces modes de conciliation ou de médiation au sein des tribunaux. Plusieurs associations contribuent au développement de modes alternatifs de résolution des conflits.

b. La médiation au cœur du travail associatif

La Moudawana de 2004 est l'aboutissement d'une lutte acharnée conduite par le mouvement féministe au Maroc. C'est pourquoi il est logique que les associations de femmes soient en premier rang pour défendre une mise en œuvre effective de la Moudawana, permettant ainsi d'aller vers une plus grande égalité entre les sexes¹¹⁶². Ces associations ont compris qu'une bonne application du CF nécessite au préalable un travail de conscientisation des citoyens aux nouvelles dispositions. Comme nous l'avons déjà évoqué, des caravanes pour vulgariser le CF ont été organisées en incluant même les campagnes lointaines. Parallèlement, avec le soutien des bailleurs de fonds, un service d'écoute et de médiation est institué au sein de plusieurs associations de défense des droits des femmes. Le but était de trouver des solutions pratiques et des ententes aux problèmes familiaux (divorce, pension alimentaire, garde des enfants...) avant de saisir les TF.

De son côté, l'État s'est impliqué également dans le développement de la médiation hors des TF. Le ministère de la Famille, de la Solidarité, de l'Égalité et du Développement Social a organisé des ateliers avec la société civile pour unifier les concepts et les approches

¹¹⁵⁹ Entretien avec BAOUCH A., bénévole au comité « réconciliation » au sein du conseil scientifique de Meknès, Meknès, le 06 janvier 2020.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*

¹¹⁶¹ *Ibid.*

¹¹⁶² NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 476.

et développer un programme de médiation familiale. Il a élaboré en outre un cahier des charges définissant les conditions d'appui financier aux centres de Médiation et d'orientation familiale relevant des ONG¹¹⁶³. Quinze associations ayant des centres de médiation familiale ont pu bénéficier d'une aide de la part de l'État s'élevant à 2 536 600,00 DH au titre de l'année 2014¹¹⁶⁴.

Concernant la formation des écoutants aux techniques spécifiques de la médiation, l'Association Marocaine de lutte contre la Violence à l'Égard des Femmes (AMVEF) a sollicité une formation de ses écoutantes auprès de l'ONG « Search for a Common Ground », avec le soutien de l'Ambassade des Pays bas¹¹⁶⁵. Effectivement, sur huit mois (entre octobre 2007 et mai 2008), un projet de formation aux techniques de la médiation est mené. Plusieurs associations en ont bénéficié¹¹⁶⁶. Trente-cinq médiateurs et douze formateurs à la médiation ont ainsi été formés.¹¹⁶⁷

Une écoutante du centre de médiation de l'AMVEF, mis en place depuis 2011, a affirmé lors d'une interview accordée au journal *Le Matin* que la médiation assurée par ce centre a démontré son efficacité. Le centre a réussi à résoudre à l'amiable 702 cas de conflits familiaux à la fin de décembre 2018¹¹⁶⁸.

Ainsi nous concluons que l'État a mené en collaboration avec des institutions internationales plusieurs programmes de formation, incluant les juges, les greffiers, les médiateurs sociaux...toutefois, ce « capital humain »¹¹⁶⁹ reste insuffisamment fourni.

B. L'insuffisance des moyens humains

Pour une application optimale de la Moudawana, il est nécessaire que les juridictions chargées des affaires familiales soient dotées de moyens insuffisants pour accomplir leurs missions. L'encombrement des tribunaux n'est que le résultat du nombre faible de l'effectif de la magistrature face à l'ampleur du contentieux à traiter (1). La médiation familiale a également démontré ses limites notamment par manque de moyens (2).

¹¹⁶³ <http://www.social.gov.ma>

¹¹⁶⁴ <http://www.social.gov.ma>

¹¹⁶⁵ NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 499.

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

¹¹⁶⁸ « Plaidoyer pour l'institutionnalisation de la médiation familiale », *Le matin*, 14/01/2019. Le.matin.ma

¹¹⁶⁹ Terme utilisé par M. Ndiaye dans sa thèse « La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc ».

1. L'insuffisance du nombre des juges

En comparaison avec la Tunisie, le Maroc compte trois fois moins de juges alors qu'il compte trois fois plus d'habitants¹¹⁷⁰. Avec 19 magistrats du siège, le tribunal de la famille de la ville de Meknès traite environ 50 000 affaires par an¹¹⁷¹. À chaque audience, le juge est amené à faire passer de 160 à 250 dossiers. Pendant la période de juin à octobre (période d'entrée au Maroc des Marocains résidant à l'étranger), il arrive que le magistrat traite 280 dossiers par audience¹¹⁷².

Ces accumulations de dossiers retardent la durée du traitement des affaires qui dépasse souvent le délai prévu par le Code. Si en raison du caractère urgent de la pension alimentaire, l'article 190 du CF précise qu'il « sera statué sur les cas relatifs à la pension alimentaire dans un délai maximum d'un mois », cette disposition n'est jamais observée en pratique et cela entraînera des conséquences sur la femme et les enfants, qui sont dans le besoin et qui attendent l'attribution de cette pension. La question du délai est aussi posée pour la procédure du divorce pour discorde. Le délai de six mois n'est jamais respecté. Ceci est dû au nombre croissant de demandes pour ce genre de divorce et du nombre insuffisant de juges.

Si le nombre des juges est insuffisant, comment ceux-ci peuvent-ils exercer efficacement la médiation familiale ?

2. Les obstacles à la médiation familiale

La médiation familiale peut être un mode alternatif efficace de résolution des conflits entre les membres de la même famille. C'est un moyen qui peut prévenir les crises et réduire ainsi le coût social des conflits. Néanmoins, son insertion dans le travail des tribunaux a démontré ses limites.

En effet, le problème n'est pas tant celui du développement de la médiation et de la conciliation que celui de leur efficacité encore insuffisante. Notamment en raison des conditions dans lesquelles elles s'opèrent. Les juridictions sont encombrées et les magistrats trop occupés pour consacrer à la fonction de médiation le temps nécessaire¹¹⁷³. De surcroît,

¹¹⁷⁰ NAJI ELMEKKAOUI R., *La Moudawanah : le référentiel et le conventionnel en harmonie. De la réforme de la Moudawanah à la concrétisation de son âme*, Rabat, édition et impression Bouregreg, tome III, 2009, p. 48, note 24.

¹¹⁷¹ Entretien avec M. Filali, Président de la section de la famille de Meknès, Meknès, le 11 mai 2019.

¹¹⁷² *Ibid.*

¹¹⁷³ LAMADDEB B., *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille, op.cit.*, p. 143

nous pouvons nous joindre à B. Lamaadeb et nous demander comment, en pratique, le magistrat peut cumuler les fonctions de juge et de médiateur.¹¹⁷⁴ Il est à craindre que les parties ne se livrent pas sans réserve, « sachant que s'il devait statuer par la suite, le juge aurait à apprécier, la part de responsabilité de chacun dans la survenance du conflit »¹¹⁷⁵.

Au sein du TF de Meknès, les magistrats approuvent la médiation, comme ayant une base dans la religion, mais ils déplorent leurs mauvaises conditions de travail ainsi que le manque de moyens qui ne peuvent permettre d'exercer efficacement cette fonction. Ainsi, Monsieur Eddarkaoui avance : « Les lieux ne sont pas adaptés, c'est sombre. La réconciliation directe est rare. Soixante-dix dossiers dans chaque audience de réconciliation, il y a un problème de moyens humains »¹¹⁷⁶. Concernant la réconciliation par arbitre : « Les deux arbitres rendent la situation pire. La réconciliation dans le cadre des arbitres est rare »¹¹⁷⁷. Madame Kalloubi, quant à elle, regrette que « dans la procédure de conciliation, le juge ne donne pas à chaque dossier le temps nécessaire. La plupart du temps, les justiciables viennent en étant certains de vouloir divorcer et comme il y a possibilité de dédommagement, chaque époux cherche la responsabilité de l'autre »¹¹⁷⁸. À l'instar de son confrère, Madame Kelloubi constate que la présence des arbitres aggrave la situation : « C'est mieux que les deux arbitres soient en dehors de la famille. Le conseil de famille n'a jamais d'existence »¹¹⁷⁹. Ainsi, le conseil de famille demeure jusqu'à présent lettre morte dans le CF. La charge du travail incombé au magistrat rend leur désignation compliquée.

Les assistants sociaux travaillent à leur tour dans des conditions difficiles. À la section de la famille de Meknès, le service d'assistance sociale est assuré par trois travailleurs sociaux qui partagent un petit bureau où ils accueillent les justiciables. Cet environnement dégradé est peut-être l'un des éléments qui participent au mauvais taux de réussite des tentatives de réconciliation. Ainsi, selon les statistiques de 2015, sur 1254 dossiers de conciliation présentés devant les assistants sociaux auprès du TF de Meknès, seulement 138 cas ont abouti à une réconciliation. De même, durant l'année 2019,

¹¹⁷⁴ *Ibid.*

¹¹⁷⁵ *Ibid.*

¹¹⁷⁶ Entretien avec M. Eddarkaoui, Meknès, le 18 mai 2016.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

¹¹⁷⁸ Entretien avec Madame Elkaloubi, Meknès, le 18 mai 2016.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*

634 dossiers de divorce ont été renvoyés devant le conseil scientifique de Meknès pour réconciliation. Le conseil a réussi à réconcilier les parties uniquement dans 56 cas¹¹⁸⁰.

En dehors des tribunaux, les obstacles à la médiation familiale demeurent essentiellement juridiques et organisationnels. L'inexistence d'un texte juridique institutionnalisant la médiation familiale reste parmi les lacunes qui entravent son application effective au Maroc. De surcroît, il y a insuffisance des capacités humaines et absence de salles adaptées à la médiation au sein des associations. Nous nous sommes rendus au centre *Najda* de Rabat durant le mois de mai 2016 et ce qui nous y a frappés est que la secrétaire du centre exerce simultanément les fonctions d'assistance administrative, de médiation, d'écoute, d'orientation juridique et d'aide psychologique avec un salaire ne dépassant pas 2000 DH (environ 200 euros) par mois. Comment peut-on exercer efficacement toutes ces fonctions ? Et avec un tel salaire ?

En plus, ces associations de défense des droits des femmes sont confrontées notamment au phénomène de la violence faite aux femmes (soutien psychologique, aide d'urgence...). La priorité est accordée à ce fléau social et dans ce cas, la médiation n'apparaît pas logiquement comme la solution adéquate. Par exemple, le centre *Najda* pour les femmes et les enfants victimes de violence de Kénitra a reçu 440 victimes de violence en un an (2014-15) et on a fait appel à la médiation dans 41 cas seulement¹¹⁸¹.

En somme, les moyens matériels et humains mis à la disposition de la justice de la famille ne sont pas suffisants et ne peuvent promouvoir efficacement les droits de la femme et la stabilité au sein de la famille. Qu'en est-il des décisions mêmes de ces tribunaux ? Ces décisions traduisent-elles dans la réalité sociale les objectifs fixés par le CF ?

Section 2- Les droits de la femme à l'épreuve de la jurisprudence

La jurisprudence constitue ce qui se rapproche le plus d'un « droit effectivement reconnu et appliqué dans une société donnée »¹¹⁸². Elle correspond aux décisions rendues et donc au droit vécu. Il faudra, toutefois, faire une distinction entre la jurisprudence au sens large du terme et « faire jurisprudence ». En effet, les décisions judiciaires peuvent sur un

¹¹⁸⁰ Entretien avec BAOUCH A., bénévole au comité « réconciliation » au sein du conseil scientifique de Meknès, Meknès, le 06 janvier 2020.

¹¹⁸¹ Ceci est pour la période du 1^{er} décembre 2014, jusqu'au 10 novembre 2015.

¹¹⁸² AUBERT J.-L., *Introduction au droit*, Paris, Puf, Collection « Que sais-je ? », 10^e édition, 2007, p. 80. Cité par NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 439.

même sujet être très hétérogènes, alors qu'une décision qui fait jurisprudence est dotée d'une autorité particulière qui engendre une répétition de décisions semblables. Dans la culture juridique européenne, la jurisprudence peut être définie comme « l'ensemble des processus qui contribuent à garantir l'unification de l'interprétation du droit donnée par les tribunaux »¹¹⁸³.

Il n'en est pas de même au Maroc. Traditionnellement, la jurisprudence n'est pas une source du droit dans le système marocain et ne joue pas le rôle de régulateur de la loi. Le juge se préoccupe avant tout d'appliquer le texte à la lettre et ne cherche pas nécessairement à faire dialoguer le droit et le fait, ce qui témoigne de son enfermement dans le conformisme juridique¹¹⁸⁴.

Dès l'annonce de la révision de la Moudawana, le Roi a montré une volonté de rationalisation et d'unification de l'application du CF. Il a donné, aussitôt, des consignes au ministre de la Justice : « Nous lui avons, en outre, ordonné de soumettre à Notre Majesté, des propositions pour la mise en place d'une commission d'experts, chargée d'élaborer un guide pratique comportant les différents actes, dispositions et procédures concernant les juridictions de la Famille, afin d'en faire une référence unifiée pour ces juridictions, tenant lieu de mode d'application du Code de la Famille »¹¹⁸⁵. Partant, un guide pratique a été élaboré. Il est destiné aussi bien aux professionnels de la Justice, qu'au grand public¹¹⁸⁶. Dans ce guide, la plupart des articles sont suivis d'un paragraphe visant à expliquer leurs contenus, en précisant notamment quelle était l'intention du législateur¹¹⁸⁷.

D'autres efforts ont été entrepris pour harmoniser la jurisprudence, notamment à travers l'organisation de formations pour les magistrats et l'élaboration de recommandations publiées dans la revue du ministère de la Justice « Justice de la famille ».

Ainsi, l'État et plus particulièrement le ministère de la Justice a cherché à jouer un rôle central dans l'orientation de la jurisprudence en matière familiale, mais qu'en est-il du juge lui-même ? La réforme de 2004 remet les clés de son succès dans les mains du juge, en conférant à celui-ci un large pouvoir d'intervention et d'appréciation. Le magistrat poursuit-il les orientations de l'État par une application effective du CF ? Ses décisions vont-elles

¹¹⁸³ CADIET L. et AMRANI S., *Dictionnaire de la Justice*, Paris, Puf, 2004, p. 712. Cité par *Ibid.*

¹¹⁸⁴ *Ibid.*

¹¹⁸⁵ Préambule du CF, Code de la famille, p.11. Téléchargeable sur <http://adala.justice.gov.ma/>

¹¹⁸⁶ NDIAYE M., *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, op. cit., p. 439-440.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 440

dans le sens de la protection des droits de la femme ? Préserve-t-il les droits accordés par la Moudawana de 2004 à la femme ? Qu'en est-il de la Cour de cassation ? Pour répondre à ces questions, nous avons choisi d'étudier un certain nombre de décisions judiciaires (juridictions du fond et Cour de cassation) afin de déceler l'orientation générale de la jurisprudence en matière de droits des femmes que ce soit en cas de polygamie (§1) ou de divorce judiciaire (§2).

§1-La pratique judiciaire de la polygamie

Au Maroc, protéger les droits de la femme en matière de polygamie, c'est restreindre cette pratique et s'assurer que l'homme, voulant se marier une deuxième fois, établit un motif objectif et exceptionnel et dispose de moyens financiers suffisants pour subvenir aux besoins de deux familles. Ainsi, pour garantir davantage les droits de la première épouse, le juge ne peut autoriser la polygamie si « une injustice est à craindre envers les épouses » (art. 40), la notion d'« injustice » étant totalement subjective et dépend du pouvoir discrétionnaire du juge¹¹⁸⁸. Pour vérifier les motifs invoqués par le mari, le CF exige la présence personnelle de la première épouse qui peut ainsi rejeter les prétentions de son mari.

Le législateur de 2004 a voulu restreindre la pratique de la polygamie. Mais, qu'en est-il de la pratique judiciaire ? Comment le juge apprécie-t-il le motif objectif et exceptionnel (A) ainsi que l'élément matériel (B) ?

A. L'appréciation du motif objectif et exceptionnel

Faute de précision de la part du législateur, l'appréciation de l'élément objectif et exceptionnel relève du pouvoir discrétionnaire du juge et c'est le mari qui doit prouver les motifs exceptionnels et objectifs qui l'ont poussé à vouloir se marier avec une deuxième femme. Ainsi, la section de la famille d'Oujda a refusé d'accorder l'autorisation de polygamie puisque le mari n'a pas apporté la preuve de la maladie de sa femme : « Attendu

¹¹⁸⁸ Dans un jugement de la section de la famille de Nador, le juge a refusé la demande de polygamie : « Attendu que selon les dispositions de l'article 40 de la Moudawana, le tribunal n'autorise pas la polygamie s'il y a eu des indices pouvant craindre une injustice envers les épouses. Et attendu qu'il s'est avéré au tribunal d'après les éléments du dossier et d'après les prétentions du demandeur qui a déclaré que les époux objet de l'affaire ont des litiges soumis à la justice allemande depuis trois ans. Ils vivent séparément et cela constitue des indices pouvant contraindre une injustice envers les épouses. Ce qui exige le refus de la demande ». Le tribunal a lié, ainsi, la question de l'équité entre les épouses avec le fait que le demandeur soit déjà en conflit avec sa femme et a conclu que cela est un indice de l'impossibilité de réaliser la justice. TF de Nador, n° 98, dossier 08/517 en date du 29/10/2008, Inédit, cité par ELFAKHOURI I., « Tadoud zawjat bayna nas alkanouni wa alamal alkadaey (La polygamie entre le droit positif et la jurisprudence) », p. 9. Téléchargeable sur Marocdroit.com.

que le demandeur de polygamie ne prouve pas la maladie dont souffre sa femme et donc le motif objectif et exceptionnel n'est pas établi...il est nécessaire de ne pas l'accepter »¹¹⁸⁹.

La plupart des tribunaux considèrent que la maladie de l'épouse constitue l'élément exceptionnel et objectif justifiant la polygamie. Reste à savoir la nature de cette maladie. Si un jugement de Nador considère que l'impossibilité pour la femme de bouger et sa cécité constituent un motif objectif et exceptionnel autorisant la polygamie¹¹⁹⁰, d'autres décisions vont plus loin en autorisant cette pratique, car la femme est épileptique¹¹⁹¹ ou diabétique¹¹⁹². La maladie l'empêche ainsi de gérer les travaux domestiques.

À part la maladie, l'âge avancé de la première épouse¹¹⁹³, sa stérilité ou l'absence de relation sexuelle avec elle¹¹⁹⁴ constituent des motifs objectifs autorisant le recours à la polygamie. Pire encore, dans l'objectif de l'aider dans les travaux agricoles, le juge de la section de la famille de Meknès autorise l'époux à convoler en deuxième noce, étant donné que sa première épouse est fatiguée. Elle choisit d'habiter en ville¹¹⁹⁵.

Cependant, deux arrêts nous ont, encore davantage, intrigué puisqu'ils sont en contradiction totale avec l'esprit du CF qui fait du mariage polygamique une exception soumise à l'autorisation du juge. Le premier est celui de la Cour d'Appel de Nador infirmant le jugement de première instance qui a refusé d'accorder l'autorisation de polygamie¹¹⁹⁶. En l'espèce le mari avance comme motif objectif et exceptionnel la peur de tomber dans la fornication. La Cour d'Appel de Nador considère que la peur de l'adultère constitue un élément objectif et exceptionnel justifiant la polygamie. Le risque est que le mari qui n'a pas de motif pour justifier sa demande de polygamie peut simplement invoquer la peur de tomber dans l'interdit. Ce qui ouvre certainement la porte à des abus.

Le second arrêt est celui de la Cour de cassation du 23 juin 2015¹¹⁹⁷. La haute juridiction a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel de Casablanca qui a refusé d'accorder l'autorisation de la polygamie au motif que l'élément exceptionnel et objectif n'était pas

¹¹⁸⁹ TF d'Oujda, dossier n°11/3599, le 27/02/2012, Cité par *ibid.*, p. 11.

¹¹⁹⁰ TF de Nador, n° 524, dossier n° 7/2563, le 20/03/2007, cité par *ibid.*, p. 16.

¹¹⁹¹ TF de Nador, n° 4602, dossier n° 2198, le 26/06/2006, Inédit, cité par *ibid.* p. 16.

¹¹⁹² TF de Meknès, n° 11/1234, le 25/08/2011, *Inédit.*

¹¹⁹³ TF de Meknès, n° 15/2341, le 08/11/2015. *Inédit.*

¹¹⁹⁴ Dans un jugement du Tribunal de la Famille de Meknès, n° 564 en date du 25/02/2016, le juge accorde au mari l'autorisation d'avoir une deuxième femme. La cause étant la stérilité de l'épouse et d'absence de relation sexuelle avec elle depuis plus de un an.

¹¹⁹⁵ TF de Meknès, n° 302 en date du 28/01/2016. *Inédit*

¹¹⁹⁶ CA de Nador, n° 160, dossier 238/12, le 27/03/2013, Cité par ELFAKHOURI I., « Tadoud zawjat bayna nas alkanouni wa alamal alkadaey (La polygamie entre le droit positif et la jurisprudence) » *op. cit.*, p. 19.

¹¹⁹⁷ C. CAS, Dossier 276/2/1/2015, *ibid.*, p. 36-37.

établi. En l'espèce, le mari a eu trois filles de sa première épouse qui ne peut plus avoir d'enfants et il veut se remarier pour avoir un garçon. La Cour de cassation considère que le désir d'avoir un enfant de sexe masculin constitue un élément objectif et exceptionnel justifiant la demande de polygamie.

Il nous semble que cette dernière décision va à l'encontre de l'esprit du CF qui prône la paix et la stabilité familiale.

Le large pouvoir d'appréciation laissé au juge fait que pour des raisons sociales ou morales, les magistrats sont amenés à accorder facilement l'autorisation de polygamie, d'autant plus que l'appréciation de l'élément matériel relève également de leurs prérogatives.

B. La disposition de moyens financiers suffisants

Dans sa demande de polygamie, le mari doit apporter la preuve qu'il a les moyens suffisants pour subvenir aux besoins de deux familles et être équitable dans tous les aspects de la vie. Dans ce sens, la section de la famille de Salé a refusé la demande d'autorisation de polygamie exercée par un père de famille ayant quatre enfants tous scolarisés et gagnant un salaire de 4200DH, au motif que ce revenu n'est pas suffisant pour entretenir deux familles¹¹⁹⁸. À côté, le demandeur doit normalement prouver qu'il dispose de deux logements distincts. Mais la pratique judiciaire diverge concernant la question. Si la section de la famille du tribunal de première Instance de Nador a refusé d'accorder l'autorisation de polygamie au motif que le mari ne dispose pas de deux logements distincts¹¹⁹⁹ d'autres se contentent de contrôler les ressources du demandeur sans se soucier du logement¹²⁰⁰.

Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le magistrat apprécie l'élément objectif et exceptionnel ainsi que l'élément matériel en se basant sur les preuves rapportées par le mari. Malheureusement, le manque de moyens humains et matériels fait que les juges ne procèdent jamais à une véritable enquête pour s'assurer des justificatifs avancés par le requérant¹²⁰¹. Il est regrettable que les notions d'équité, de justice et d'égalité prennent un sens purement matériel. Le tribunal se préoccupe peu de la capacité d'un mari à gérer

¹¹⁹⁸ TF de Salé, n° 18, dossier 07/8/4, le 09/04/2008, *ibid.*, p. 13.

¹¹⁹⁹ TF de Nador, n° 1809, dossier 420/05, le 09/11/2006, *Inédit*, cité par *ibid.*, p. 14.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 15.

¹²⁰¹ NAJI ELMEKKAOUI R., *La Moudawanah : le référentiel et le conventionnel en harmonie*, op. cit., p. 64.

impartialement et sereinement les deux foyers et subvenir à tous les besoins émotionnels et éducationnels des deux ménages¹²⁰².

Ainsi, il nous est vite apparu que la jurisprudence ne protège pas vraiment les droits de la première épouse. Il y a plutôt une sorte de laxisme concernant l'appréciation des éléments justifiant la polygamie. Qu'en est-il de la pratique judiciaire du divorce ? La jurisprudence suit-elle les objectifs du législateur et facilite-t-elle la demande de divorce pour la femme ? Promeut-elle la protection de ses droits constitutifs au divorce ?

§2- La pratique judiciaire du divorce : vers la protection des droits de la femme ?

Sous l'ancienne Moudawana, intenter une action de divorce par l'épouse relevait d'un parcours du combattant. La femme se trouvait souvent dans l'impossibilité d'établir ses allégations et les procédures étaient marquées par des lenteurs. Le nouveau Code, confirmé par la jurisprudence, renforcent les droits des femmes en cette matière. Les cas où la femme pouvait demander le divorce sont étendus (A). Cependant, les droits financiers alloués par les tribunaux à la femme demeurent dans la plupart des cas insuffisants (B).

A. L'élargissement du droit de la femme au divorce

À l'instar du CSP, le CF consacre le divorce judiciaire au profit de l'épouse. Celle-ci peut demander le divorce pour les causes suivantes : pour défaut d'entretien, pour absence du mari, pour vice rédhibitoire, pour préjudice, pour serment de continence ou délaissement. Cependant, la grande nouveauté de la Moudawana est le divorce pour discorde qui permet à l'épouse comme à l'époux de mettre fin à la vie conjugale presque sans condition ni preuve. L'introduction du divorce pour discorde constitue une avancée majeure en matière des droits des femmes. La femme peut y recourir chaque fois qu'il lui apparaît difficile de voir aboutir sa demande de divorce judiciaire fondée sur les autres motifs prévus par la Moudawana¹²⁰³. C'est le cas où l'épouse ne réussit pas à établir les faits constituant le préjudice subi (art. 100), ou qu'elle persiste dans sa demande de divorce par *khol* (compensation) et que le mari s'y oppose (art. 120)¹²⁰⁴. Dans ce cadre, la pratique du divorce pour discorde demeure

¹²⁰² *Ibid.*

¹²⁰³ ZEIDGUY R., « Analyse de la jurisprudence », dans ALAMI M'CHICHI H., MOUAQIT M., BENRADI M., BOUKAISSI F-Z., OUNNIR A., *Le code de la famille. Perception et pratiques judiciaires*, publié par la fondation Freidrich Ebert, janvier 2007, p. 222.

¹²⁰⁴ *Ibid.*

la nouveauté judiciaire la plus importante depuis 2004 (1). Une autre nouveauté s'impose : le CF a allégé la preuve dans le cadre du divorce pour préjudice (2).

1. Le divorce pour discorde dans la justice de la famille

Le CF ne définit pas la discorde. Il est question selon l'article 94 de CF d'un « différend » qui oppose les époux et qui risquerait d'aboutir à leur discorde. Cet article ne précise pas les caractères que doit revêtir ce différend pour justifier le divorce judiciaire¹²⁰⁵. Par ce défaut de détermination, la Moudawana attribue au magistrat un large pouvoir d'appréciation en la matière¹²⁰⁶. Comment le juge interprète alors la notion de *chiqaq* ? Dans le cas où la femme obtient le divorce pour discorde, ce jugement, lui préserve-t-il les droits qui lui sont dus (b) ?

a. Une interprétation extensive de la notion de discorde (*chiqaq*)

Le terme *chiqaq* renvoie à la notion de « fracture ». Il faudra toutefois noter que lors des travaux préparatoires du Code, il était difficile de trouver la traduction de ce terme en langue française et en définitive, le choix s'est porté sur le vocable « discorde »¹²⁰⁷. La jurisprudence a donné une interprétation extensive à cette notion. Pour l'analyser, nous nous sommes rendus au TF de Meknès, le 02 janvier 2020, et nous avons choisi un échantillon de décisions (70 jugements), datant du 2 et du 8 janvier 2019. Nous proposons, sous forme de tableau, une liste non exhaustive des motifs retenus par les magistrats pour motiver leurs décisions de divorce pour discorde. Il faudra toutefois noter qu'il est possible que dans le même jugement, plusieurs motifs sont parfois invoqués.

| Motif retenu | Nombre de décisions | Qualité de l'époux demandeur |
|---|---------------------|------------------------------|
| Manquement de l'époux aux obligations nées du mariage | 4 | 2 époux et 2 épouses |

¹²⁰⁵ *Ibid.*, p. 224.

¹²⁰⁶ *Ibid.*

¹²⁰⁷ *Ibid.*

| | | |
|--|----|--------------------------|
| Délaissement et défaut d'entretien | 25 | Épouses |
| Mauvais traitement | 13 | 1 époux et 12 épouses |
| Manque de respect | 6 | 2 époux et 4épouses |
| Incompatibilité de caractère | 1 | Epouse |
| Adultère | 3 | Épouses |
| Injures | 11 | Épouses |
| La consommation de produits stupéfiants ou boissons alcooliques | 7 | Épouses |
| L'épouse refuse de résider avec son époux dans le logement des parents | 1 | Epoux |
| Violence physique | 13 | Épouses |
| Diffamation | 2 | Épouses |
| Désobéissance | 2 | Epoux |
| Promesse non tenue | 1 | Epoux |

| | | |
|---|---|------------------------|
| Conflits avec la belle famille | 1 | Epouse |
| Expulsion du logement conjugal | 8 | Épouses |
| Les époux ne s'entendent jamais | 4 | 1époux et 3 épouses |
| La femme veut travailler | 1 | Epoux |
| Les époux ne vivent pas ensemble (séparation, refus de cohabitation, refus d'intégrer le domicile conjugal, refus de consommation du mariage) | 6 | 3 époux et 3épouses |
| Emprisonnement de l'époux | 1 | 1 épouse |

Cet échantillon nous amène à avancer quelques remarques :

1) Les hommes recourent moins que les femmes à ce type de divorce. La raison est que l'homme peut se défaire du mariage aisément et sans invoquer de motifs, en exerçant le privilège de la répudiation.

2) Les motifs retenus par le tribunal sont divers, et différent notamment selon la qualité du demandeur. La mentalité patriarcale s'illustre également dans les décisions judiciaires. Ainsi, la désobéissance est invoquée uniquement par les hommes, et ceux qui avancent le manque de respect de leurs femmes utilisent les termes suivants : « manque de respect en tant que son mari ». Nous nous demandons la signification de cette formulation,

dans une société où le seul fait de sortir sans en demander l'autorisation à son époux peut constituer un manque de respect envers ce dernier.

3) La femme peut invoquer n'importe quel motif. Il faudra juste que ce motif invoqué soit de nature à rendre admissible le divorce.

4) L'épouse peut par le recours à la procédure de discorde, faire l'économie des autres modes de divorce à son profit et qui nécessite d'établir les motifs invoqués, tel que le divorce pour préjudice ou le divorce pour défaut d'entretien.

Nous relevons donc la pertinence du législateur qui a introduit cette procédure de divorce. Elle permet aux femmes de se délier plus facilement d'une vie de couple insupportable. Auparavant, les femmes souffraient de violence et de maltraitance, mais ne réussissaient pas à le prouver. De même, la demande de divorce pour défaut d'entretien exigeait des procès-verbaux et une longue procédure. Le divorce pour discorde permet, en revanche, à la femme d'obtenir le divorce plus rapidement. Mais qu'en est-il des droits financiers constitutifs du divorce ? Sont-ils acquis de droit à la femme ?

b. Divergence jurisprudentielle à propos des droits financiers alloués à l'épouse

Selon l'article 97 du CF, « en cas d'impossibilité de réconciliation 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. À cet effet, 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 ».

Ainsi, nous constatons que cette disposition renvoie à l'article 84 sur la répudiation pour déterminer les droits de l'épouse en cas de divorce pour discorde. Ces droits comportent le reliquat du *sadak*¹²⁰⁸, le don de consolation (*mout'a*) et le droit à l'habitat pendant le délai de viduité. Il faudra toutefois noter que la dissolution du mariage pour discorde est un divorce irrévocable, et dans ce cas, la femme n'a pas droit à la *nafaka* durant la période d'*idda* sauf s'elle est enceinte (art. 196 du CF). Le montant fixé par le tribunal doit être consigné au secrétariat-greffier.

¹²⁰⁸ Si celui-ci n'a pas été entièrement versé à l'épouse lors de la conclusion du mariage.

En présence d'enfants, les droits de la mère se composent du droit à une rémunération due au titre de la garde¹²⁰⁹, du droit à une rémunération en cas d'allaitement et enfin à la pension alimentaire due aux enfants.

L'article 97 prévoit également l'indemnisation de la partie victime du divorce abusif. Pourtant, cet article ne précise pas si la *mout'a* est une sorte d'indemnisation pour préjudice ou pas. Et qu'en est-il quand c'est l'épouse qui est responsable du divorce ? C'est la jurisprudence qui a tenté de répondre à ces questionnements. Il y a eu d'abord une divergence jurisprudentielle importante en la matière (b.1), la Cour Suprême¹²¹⁰ a mis fin à ce conflit par un arrêt du 22 mars 2011 (b.2).

b.1 Les décisions des juridictions du fond

Nous avons vu que la formulation de l'article 97 est imprécise. Cet article renvoie d'une part à l'article 84 sur les droits financiers de la femme divorcée (incluant la *mout'a*) et indique d'autre part que celui qui abuse dans son recours au divorce répond de son acte et en indemnise l'autre partie, victime de son fait préjudiciable. Ainsi l'imprécision de cet article a eu un impact direct sur l'application du divorce pour discorde. Les droits financiers de la femme lui sont-ils acquis de droit ? Ou le juge peut-il lui refuser ses droits si elle est la responsable du divorce ?

En la matière, les jugements et les arrêts des juridictions du fond ne sont pas homogènes et sont même parfois contradictoires. Si quelques jugements ou arrêts considèrent que la *mout'â* est un droit de la femme, quelles que soient les causes du divorce¹²¹¹, d'autres refusent à la femme le don de consolation et les droits financiers qui découlent du divorce, au motif que la femme persiste dans sa demande de divorce¹²¹² ou que c'est son comportement qui a poussé le mari à demander le divorce¹²¹³. À l'opposé, un

¹²⁰⁹ Le divorce pour cause de *chiqaq* étant irrévocable, la mère bénéficie du droit à rémunération pour la garde de ses enfants même pendant la période de viduité, contrairement aux dispositions de l'article 167 alinéa 2 qui l'interdit en cas de divorce révocable : « La mère ne peut prétendre à rémunération pour la garde de ses enfants durant la relation conjugale et pendant l'accomplissement de la période de viduité (*idda*), en cas de divorce révocable ».

¹²¹⁰ Depuis le 03 octobre 2011, sa dénomination a changé et la Cour Suprême devient la Cour de cassation.

¹²¹¹ CA d'Eljadida, Dossier n° 34/101/06 et 34/635/06, le 12/12/2006, *Almontaka fi amal alkadae fi tatbik moudawanat alosra (Quelques décisions judiciaires en matière familiale)*, Rabat, L'association de la diffusion de l'information juridique et judiciaire, 2010, p. 119.

¹²¹² TF d'Oujda, n° 974, dossier n° 04/1362, le 15/03/2005, Elfakhouri I., *Alamal alkadaey alosari : tatlik lichikak (La justice familiale : le divorce pour discorde)*, tome II, 2009, p. 181.

¹²¹³ TF de Casablanca, dossier n° 1024/04, le 21/02/2005, *ibid.*, p. 126.

jugement de la section de la famille de Rabat accorde la *mout'a* à une femme ayant contre elle un procès-verbal d'adultère¹²¹⁴.

D'autres décisions vont plus loin. Tout en privant la femme de ses droits financiers, le tribunal lui enjoint de dédommager l'époux au motif qu'elle persiste dans sa demande de divorce sans apporter la preuve de ses allégations¹²¹⁵. D'autres jugements cependant attribuent tous les droits dus à la femme tout en accordant un dédommagement pour le mari¹²¹⁶, ou indemnise les deux époux pour le préjudice subi tout en conservant le droit de la femme à la *mout'a*¹²¹⁷. Quelques jugements indiquent, néanmoins, que la *mout'a* est venue pour indemniser la femme en cas de divorce et ne peut être accompagnée d'aucune demande d'indemnisation¹²¹⁸.

Cette divergence jurisprudentielle revient en premier lieu à l'imprécision de l'article 97 qui renvoie à l'article 84, tout en évoquant le dédommagement. Ainsi, la nature de la *mout'a* pose un problème. Est-il acquis de droit à la femme ou constitue-t-il un dédommagement pour préjudice ? La même chose pour le droit au logement et la *nafaka* pendant l'*idda* si la femme est enceinte. Peut-on dispenser le mari de ses obligations s'il s'est avéré que c'est la femme qui est la cause du divorce ? La Cour Suprême a mis fin à ce conflit entre juridictions par l'arrêt du 22 mars 2011.

b.2 La jurisprudence de la Cour Suprême

Dans un premier temps la Cour Suprême a déclaré, dans un arrêt du 7 février 2007¹²¹⁹, que le fait pour l'épouse de demander le divorce pour désunion ne l'empêche pas de demander également ses droits au divorce, si c'est le mari qui est responsable de cette désunion. En 2009, la haute juridiction affirmait encore que la *mout'a* était acquise de droit à la femme que ce soit elle qui demande le divorce ou le mari¹²²⁰.

En revanche, si la femme persiste dans sa demande de divorce sans donner des motifs, alors que le mari refuse la dissolution du mariage, le tribunal peut accorder au mari

¹²¹⁴ TF de Rabat, n° 1122, dossier n° 32/826/06, le 14/09/2006, ALKHAMLICHI A., *Min Moudawanat alahwal achakhsiya ela Moudawanat alosra (Du code du statut personnel au code de la famille)*, tome 2, attalak (le divorce), Rabat, Publication Maarif, 2016, p. 191.

¹²¹⁵ TF de Tétouan, dossier n° 566/06/13, le 27/11/2006, Elfakhouri I., *Alamal alkadaey alosari (La justice familiale)*, *op. cit.*, p. 100.

¹²¹⁶ TF d'Oujda, dossier n° 310/06, *ibid.*, p. 25.

¹²¹⁷ TF de Nador, dossier n° 806/05, le 19/04/2006, *ibid.*, p. 269.

¹²¹⁸ TF de Tanger, dossier n° 26/27, le 31/05/2006, *ibid.*, p. 413.

¹²¹⁹ C. Sup, dossier n° 628/2/1/2005, le 07/02/2007, TAWFIK A., *Kadae mahkamat nakd fi moudawanat alosra (Décisions de la Cour de cassation en matière familiale)*, Rabat, Première édition, 2013, p. 453 et s.

¹²²⁰ C. Sup, dossier n° 235/2/1/2007, le 29/04/2009. www.jurisprudence.ma

une compensation en raison du préjudice subi. Il faut en faire la demande¹²²¹. Dans un cas d'espèce, le haut tribunal a ordonné le divorce et a condamné la femme à payer à son ex-mari le montant du préjudice subi par le divorce, puisque l'épouse refusait de rentrer au Maroc et de cohabiter avec son mari¹²²².

À partir de 2010, la Cour Suprême revoit sa jurisprudence et opère un revirement. Elle affirme le 21 septembre 2010 que la *mout'â* n'est due qu'en cas de répudiation ou de divorce pour discorde exercé par le mari. Le 22 mars 2011, la Cour Suprême déclare explicitement que l'épouse qui demande le divorce pour discorde n'a pas le droit au don de consolation¹²²³. Elle peut en revanche prétendre à une compensation si elle prouve que son époux a violé les obligations du mariage¹²²⁴. Ainsi, depuis le 22 mars 2011, la femme qui demande le divorce pour discorde n'a plus le droit au don de consolation¹²²⁵.

Il faudra toutefois noter que même avant ce revirement de jurisprudence, dans pratiquement un cas sur deux, l'épouse ne cherche qu'à mettre fin à la relation matrimoniale et renonce à ses droits constitutifs du divorce¹²²⁶. Les jugements sont d'ailleurs très explicites à ce sujet : « Attendu qu'elle renonce à tous ses droits en contrepartie de son divorce » ou « Attendu que l'épouse déclare qu'elle ne désire rien d'autre que la dissolution des liens du mariage »¹²²⁷.

Dans certains cas l'épouse fait l'objet de pressions de la part de son mari pour qu'elle renonce à ses droits en contrepartie de son divorce¹²²⁸. Certaines décisions s'y réfèrent clairement : « l'époux ayant, lors de l'audience précédente, exprimé son accord à mettre fin aux liens du mariage, à condition que l'épouse ne lui demande rien ». L'attendu suivant précise que « la défense de la demanderesse ayant confirmée que celle-ci renonce à ses droits et ne désire rien d'autre que de mettre un terme à la vie conjugale »¹²²⁹.

¹²²¹ C. Sup, dossier n° 2007/1/2/457, le 06/04/2008, TAWFIK A., *Kadae mahkamat nakd fi moudawanat alosra (Décisions de la Cour de cassation en matière familiale)*, *op cit.*, pp. 468 et s. Voir également dossier n° 61/07, le 10/09/08 *Revue kadae almajlis alala (Décisions de la cour suprême)*, n° 71, p. 177.

¹²²² C. Cass, dossier n° 06/579, le 18/04/2007, *Revue kadae almajlis alala (Décisions de la cour suprême)*, n° 68, p. 98 et s.

¹²²³ C. Cass, dossier n° 09/1/2/553, le 22/03/2011, *Revue Quadae almajlis alala (Décisions de la cour suprême)*, n° 73, p. 121.

¹²²⁴ C. Cass, Dossier n° 2013/1/2/843, le 08/04/2014, *Nachrat kararar mahkamat nakd (Publication des décisions de la cour de cassation)*, n° 16, p. 73.

¹²²⁵ Les juridictions du fond font référence explicitement à l'arrêt du 22/11/2011 dans leurs jugements. Exemple avec le jugement du TF de Meknès, dossier n° 3611/15, le 03/03/2016, *Inédit*.

¹²²⁶ ZEIDGUY R., « Analyse de la jurisprudence », *op. cit.*, p. 232-233.

¹²²⁷ Cité par *ibid.*, p. 233.

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ TF de Rabat, dossier n° 32/866/04, le 17/02/2005, cité par *ibid.*, p. 234.

Depuis l'entrée en vigueur de la Moudawana, ce type de divorce a connu un succès remarquable. Les citoyens y recourent massivement. Il a constitué 90,57% des jugements de divorce judiciaire prononcés en 2008, pour atteindre 97,51% en 2013¹²³⁰. Quand le divorce pour discorde est usité par les hommes, il est probable que ces maris se dirigent vers ce type de divorce pour échapper aux charges financières qui découlent de la répudiation, notamment la *nafaka* pendant l'*idda*. S'agissant des femmes, elles peuvent désormais divorcer sans qu'elles n'aient besoin d'apporter la preuve d'un quelconque préjudice subi.

2. Le divorce pour préjudice dans la justice de la famille

Le législateur de 2004 a consacré le divorce pour préjudice qui figurait dans l'article 56 de l'ancienne Moudawana. L'article 99 du CF précise ce qu'il faut entendre par le terme de « préjudice » : « Tout manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage est considéré comme un préjudice justifiant la demande du divorce judiciaire.

Est considéré comme un préjudice justifiant la demande du divorce judiciaire, tout acte ou comportement infamant ou contraire aux bonnes mœurs, émanant de l'époux portant un dommage matériel ou moral à l'épouse, la mettant dans l'incapacité de maintenir les liens conjugaux ».

Ainsi, cet élargissement sémantique du vocable « préjudice » assure une meilleure protection des femmes. En effet, avant 2004, il y avait une rigidité jurisprudentielle quant à la définition du préjudice justifiant le divorce. De plus, il était difficile de prouver ce préjudice. Ainsi, le divorce judiciaire pour préjudice initié par l'épouse offrait peu de chance d'aboutir. Même si la femme réussissait à prouver ce préjudice, la Cour suprême (ancienne Cour de cassation) exigeait que les sévices soient répétés¹²³¹ ou que la femme ne soit pas fautive¹²³². La difficulté de la preuve semble aujourd'hui atténuée du fait que le CF retient désormais dans son article 100, le principe de la liberté de preuve en matière de préjudice subi, y compris le témoignage devant le tribunal en chambre de conseil.

Concernant les faits constituant un préjudice, les magistrats font une interprétation extensive de cette notion en se basant sur la définition législative mentionnée dans l'alinéa 2

¹²³⁰ Ministère de la Justice et des Libertés, *Alkadae alosari : Atwakie walafak, achr sanawat min tatbik moudawanat alosra, dirasa tahlilia ihsaeya*, 2004-2013, 2014, p. 61. Téléchargeable sur www.adala.justice.gov.ma.

¹²³¹ C. Sup, n° 149, le 24/01/1967, *Qadae almajlis alala (Décisions de la cour suprême)*, n° 4, p. 25.

¹²³² La femme doit prouver le préjudice subi et elle doit en plus prouver qu'elle n'est pas fautive. Cf, C. Sup, n° 2456, le 20/03/1984, *Qadae almajlis alala (Décisions de la cour suprême)*, n° 37-38, p. 129.

de l'article 99 du CF. Ainsi tout comportement infamant ou contraire aux bonnes mœurs portant dommage à l'épouse peut constituer préjudice. Les tribunaux retiennent comme préjudice justifiant le divorce : la diffamation¹²³³, l'inexistence de rapports sexuels pendant plusieurs années¹²³⁴, coups et blessures¹²³⁵ ou encore la condamnation du mari pour un crime infamant¹²³⁶, etc.

Les décisions judiciaires prononçant le divorce pour préjudice ne sont susceptibles d'aucun recours dans leur partie mettant fin au lien conjugal, ceci met un terme au véritable calvaire vécu par les épouses qui engageaient des procédures de divorce judiciaire. En effet, sous l'ancienne Moudawana, les décisions de divorce étaient susceptibles de recours : appel et pourvoi en cassation. La lenteur des procédures liées à ces voies de recours mettait la femme dans une situation précaire.

Ainsi, nous relevons que la formulation nouvelle de l'article 99 a contribué à l'augmentation des cas aboutissant au divorce pour préjudice (43% des demandes). Mais le recours des femmes à ce type de divorce reste limité. Selon les statistiques du ministère de la Justice, en 2011, le nombre des demandes de divorce pour préjudice est de 242 et 114 femmes réussissent à l'obtenir¹²³⁷. Ce nombre ne dépasse pas 0,38% du nombre total des jugements de divorce judiciaire¹²³⁸. Les femmes préfèrent se diriger vers la procédure de divorce pour discorde puisqu'elle conduit plus sûrement soit à la réconciliation ou le cas échéant au jugement de divorce. Ce dernier engendre des droits pour la femme et les enfants.

¹²³³ En l'occurrence le mari conteste sa paternité concernant l'enfant du couple, TF de Nador, dossier n° 595/2004, le 19/06/2006, *Almontaka min amal alkade fi tatbik moudawanat alosra Almontaka min amal alkadae fi tatbik Moudawanat Alosra (Quelques décisions judiciaires en matière familiale)*, op. cit., p. 150.

¹²³⁴ CA de Fez, dossier n° 7/06/333, le 15/02/2007, *ibid.*, p. 139.

¹²³⁵ « Dans une espèce, l'épouse intente, contre son mari, une action en divorce judiciaire pour préjudice, en faisant valoir qu'il la battait, la méprisait et qu'il l'avait chassée du domicile conjugal ; elle appuie sa demande par un jugement pénal ayant condamné le mari pour coups et blessures. Après avoir rappelé que le mari avait fait l'objet d'une condamnation du fait des coups et blessures qu'il a infligés à son épouse, que ces derniers constituent un préjudice au sens de l'article 99 du code de la famille, puisqu'ils sont considérés comme un acte infamant et un comportement contraire aux bonnes mœurs, qui a occasionné à l'épouse un dommage matériel et moral la mettant dans l'incapacité de maintenir les liens conjugaux, le tribunal accepte la partie de la demande de l'épouse visant à mettre un terme à la relation conjugale ». TF de Rabat, dossier n°32/460/04, le 29/11/2004, ZEIDGUY R., « Analyse de la jurisprudence », op. cit., p. 242. Voir également, TF de Berkane, dossier n° 04/458, le 14/10/2004, ELFAKHOURI I., *Alamal alkadaey alosari (La justice familiale)*, tome I, p 111.

¹²³⁶ TF de Safi, n° 05/899, 29/05/2006 et TF d'Aljadida n° 224, dossier n° 06/829/2, le 19/03/2007.

¹²³⁷ Ministère de la justice et des libertés, « Statistiques des activités des sections de la justice de la famille Année 2011 », p. 15.

¹²³⁸ *Ibid.*, p. 17.

B. Les droits constitutifs du divorce

Nous avons vu que par interprétation extensive de la Moudawana, la jurisprudence a élargi les cas où la femme peut demander le divorce. Ceci est un acquis indéniable de la femme marocaine. Qu'en est-il, donc, de ses droits à la suite du divorce ? Que ce soient ses droits patrimoniaux (1) ou en matière de garde des enfants (2) ?

1. Les droits patrimoniaux de la femme divorcée

Les droits patrimoniaux de la femme divorcée sont, d'une part, les droits financiers alloués par les tribunaux à la femme et à ses enfants (a) et d'autre part, le droit éventuel de l'épouse à une partie du patrimoine familial (b).

a. Les droits financiers constitutifs du divorce

C'est au moment de la dissolution du mariage que les droits financiers dus à l'épouse et à ses enfants soient consignés au secrétariat greffier par l'époux initiateur du divorce. Ce montant consigné auprès du tribunal inclut particulièrement la *nafaka* de la femme pendant l'*idda*¹²³⁹ et éventuellement celle des enfants (pendant trois mois), les frais de logement pour la même période et le don de consolation. Reste à savoir quels sont les critères sur lesquels le juge se fonde pour évaluer les droits dus à la femme et aux enfants (a.1) ? Et comment ces créances sont-elles recouvrées (a.2) ?

a.1 Évaluation des droits dus à la femme et aux enfants

L'article 84 de la Moudawana énumère les droits dus à l'épouse en cas de divorce. Il s'agit de la *mout'a*, du reliquat du *sadak*, de la *nafaka* et des frais de logement pendant la

¹²³⁹ Il faudra préciser que la question de non-paiement de la pension alimentaire (que ce soit pour la femme ou pour les enfants) se pose aussi bien pour les couples mariés que pour les couples divorcés. Le CF considère l'entretien de la femme comme une obligation du mari. Quand les époux sont encore mariés le scénario est le suivant : le mari cesse de pourvoir à l'obligation d'entretien de son épouse ou de ses enfants. L'épouse intente contre lui une action en justice pour le contraindre à s'exécuter. Deux cas de figure peuvent alors se présenter. Soit que l'épouse a quitté le domicile conjugal de son plein gré, auquel cas le tribunal la condamne à réintégrer celui-ci, en s'appuyant sur les dispositions de l'article 50 et suivants du code et notamment sur l'obligation de cohabitation légale visée par l'article 51 qui fixe les droits et devoirs des époux. Il convient de rappeler que si l'épouse refuse, elle perd son droit à la pension alimentaire, conformément aux dispositions de l'article 195. Soit qu'elle a été chassée du domicile conjugal, auquel cas, le mari contre-attaque en disant que c'est elle qui a quitté ledit domicile sans son accord. Dans l'une ou l'autre situation, le tribunal demande au mari, dans la plupart des cas, de prêter serment pour attester qu'il ne s'est jamais soustrait à son obligation d'entretien. S'il s'exécute, l'épouse n'a droit à rien. S'il se rétracte, elle bénéficie de sa pension et, le cas échéant, de celle de ses enfants pour la période considérée, à condition qu'elle accepte d'appuyer ses dires par serment.

période de viduité¹²⁴⁰. Par exemple, d'après plusieurs jugements du TF de Meknès, les frais de logements pendant l'*idda* sont fixés à 3000DH.

Les enfants, quant à eux, ont droit à une pension alimentaire, payée mensuellement par leur père¹²⁴¹. Celle-ci désigne une conception plus large qu'en droit français :

- l'article 189 évoque la pension alimentaire proprement dite pour entretenir l'enfant (nourriture, soins)
- Selon l'article 168, d'autres droits financiers sont dus à l'enfant, mais ils doivent faire l'objet d'une action spécifique : le droit au logement, le droit dû à la mère pour la garde de l'enfant, le droit aux soins exceptionnels, le droit à une somme complémentaire au moment des fêtes religieuses.

Ainsi, la section de la famille du tribunal de première instance de Meknès rappelle que le droit au logement et celui dû à la garde sont séparés du droit à la pension alimentaire et donne raison à la mère à qui un premier jugement s'est contenté de statuer sur la pension alimentaire de l'enfant¹²⁴². Il arrive aussi que le tribunal statue sur le droit au logement et omette de statuer sur l'indemnité au titre de la garde¹²⁴³.

Cette pension alimentaire est fixée avec modération en tenant compte des revenus du père, de la situation de ceux qui y ont droit, du cours des prix, et des us et coutumes dans le milieu social dans lequel la pension alimentaire est due (art. 189). Concernant les enfants, l'article 85 précise que le montant de la pension alimentaire doit tenir compte « de leurs conditions de vie et de leur situation scolaire avant le divorce ». La loi vise à protéger les droits des enfants contre toute dégradation de leurs conditions de vie suite à un divorce. Toutefois, le tribunal doit également tenir compte des déclarations des deux parties, des preuves apportées et le cas échéant faire appel à l'expertise. Ainsi la Cour Suprême casse les arrêts qui font référence à la condition de vie de l'enfant avant le divorce sans tenir compte des preuves produites par le père, dont son salaire mensuel¹²⁴⁴, ainsi que ceux qui se fondent

¹²⁴⁰ Il faudra faire une distinction entre le divorce révocable à la suite duquel la femme a droit à la *nafaka* et au logement pendant l'*idda* et le divorce irrévocable à la suite duquel la femme a seulement le droit au logement durant l'*idda*. Tous les divorces prononcés par le tribunal sont irrévocables à l'exception du divorce pour serment de continence et pour défaut d'entretien (art. 122 du CF).

¹²⁴¹ Cette prise en charge par le père court jusqu'à la majorité ou l'âge de 25 ans pour le garçon poursuivant des études et jusqu'au mariage de la fille qui n'a pas de ressources.

¹²⁴² TF de Meknès, dossier n° 1647/2014, le 02/03/2015, *Inédit*.

¹²⁴³ TF de Meknès, dossier n° 657/50/2014, le 10/02/2015, *Inédit*.

¹²⁴⁴ C. Sup., dossier n° 417/05, le 22/02/06, *aham kararar almajlis alala fi tatbik moudawanat alosra (Les décisions les plus importantes de la cour suprême en matière familiale)*, p. 169 et s.

uniquement sur le salaire du père sans tenir compte des autres éléments d'évaluation de la pension alimentaire¹²⁴⁵.

L'évaluation de la pension alimentaire relève du pouvoir discrétionnaire du juge du fond, la Cour de cassation ne contrôle que les éléments d'évaluation adoptés¹²⁴⁶. Ce montant varie d'une ville à l'autre. Par exemple, à Meknès, le minimum est de 300 DH par mois et par enfant. Quant à l'indemnité de logement, elle varie entre 250 DH et 800 DH et si le père possède plusieurs maisons, le tribunal peut fixer l'un des logements pour la résidence des enfants¹²⁴⁷.

Il n'en demeure pas moins que la situation sociale du père est un élément décisif dans l'application des dispositions sur la *nafaka* des enfants. Le père dont le revenu mensuel est très modeste (par exemple : 150 euros) ne peut s'acquitter des trois devoirs consécutifs au divorce que sont la pension alimentaire, le logement et la garde des enfants. Ce qui fait qu'un grand nombre de jugements de pension alimentaire ne s'exécute jamais.

a.2 Les modalités de recouvrement

Pour la femme divorcée, la question du recouvrement de la pension alimentaire ne se pose pas vraiment puisqu'au moment du divorce initié par le mari, celui-ci doit consigner tous les droits dus à l'épouse. Ce problème se présente davantage chez les enfants¹²⁴⁸, car il arrive que le père refuse de payer la *nafaka* de ses enfants. Heureusement, le tribunal détermine les moyens d'exécution du jugement relatif à la pension alimentaire et aux frais de logement, sur le patrimoine du débiteur et ce, par voie de retenue à la source sur la rente ou le salaire, et le recours à toutes les garanties susceptibles d'assurer la continuité du versement de la pension fixée par jugement (art. 191). Par exemple, si le mari est un fonctionnaire ou retraité, le tribunal prélève directement sur son salaire ou sa pension de retraite. Ainsi, le TF de Meknès a ordonné le recouvrement de la *nafaka*, d'un enfant directement sur la pension de retraite de son père¹²⁴⁹.

¹²⁴⁵ C. Sup., dossier n° 377/06, le 22/11/2006, *Almontaka min amal alkade fi tatbik moudawanat alosra Almontaka min amal alkadae fi tatbik Moudawanat Alosra (Quelques décisions judiciaires en matière familiale)*, op. cit., p. 103 et s.

¹²⁴⁶ C. Sup., dossier n° 87/06, le 13/02/2008 et C. Sup., dossier n° 63/07, le 20/02/2008, ELFAKHOURI I., *Alamal alkadaey alosari (La justice familiale)*, op. cit., p. 423 et 429.

¹²⁴⁷ CA de Rabat, dossier n° 862/08 et 142/09, *kadae mahkamat alistinaf arribat (Décisions de la Cour d'Appel de Rabat)*, n°2, p. 131 et s.

¹²⁴⁸ Au moment du divorce, le mari consigne aussi les droits dus aux enfants, mais seulement pour une période de trois mois.

¹²⁴⁹ TF de Meknès, dossier n° 1647/2014, le 02/03/2015, *Inédit*.

En revanche, si l'ex-mari, exerçant une profession libérale, refuse de se conformer à la décision judiciaire, le tribunal exécute sur ses meubles et après sur son immobilier. Sinon on a un procès-verbal d'« absence de ce qui est saisissable » et le débiteur sera renvoyé en prison et poursuivi pour le délit d'abandon de famille¹²⁵⁰. Il encourt les peines délictuelles prévues dans l'article 480 du Code pénal. Un mois à un an d'emprisonnement et une amende de 200 à 2000 DH.

C'est à l'épouse de produire les « preuves établissant la situation matérielle de l'époux et ses obligations financières » (art. 80 al 2). Mais l'application de cette disposition peut parfois être problématique, plus particulièrement dans le cas où le mari exerce une activité dont le revenu est indéterminé. Il arrive aussi que l'ex-mari procède à des falsifications pour ne pas s'acquitter de sa dette.

Cette question de la difficulté du recouvrement de la pension alimentaire et de l'établissement de la preuve de la situation financière du mari se pose également dans le cas du couple marié. Une femme, encore mariée, que nous avons rencontrée dans un cabinet d'avocat, nous décrit son parcours de combattant : « J'ai trois enfants, le jugement de la pension alimentaire datant de 2013, m'a attribué 300 DH pour moi-même et par enfant, mais cette décision n'a jamais été appliquée. Je dois apporter la preuve que mon mari possède des biens pour que le jugement soit exécuté. Depuis 2013 je cours en vain. La femme n'a aucun droit dans ce pays, la théorie n'a rien à voir avec la pratique »¹²⁵¹. Ainsi les femmes au foyer se retrouvent dans le dénuement total si l'ex ou l'actuel mari ne satisfait pas à ses obligations financières. De même, elles ont rarement le droit à une partie du patrimoine familial.

b. Le droit à une partie du patrimoine familial

Conformément au droit musulman traditionnel, la Moudawana de 2004 maintient le principe de la séparation des biens en ce qui concerne la gestion des biens des époux et leur répartition après la dissolution du mariage. Toutefois, elle accorde aux époux la liberté de ménager un cadre contractuel, indépendant de l'acte de mariage, pour la gestion des biens acquis pendant le mariage. 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 du développement des biens de la famille » (art. 49). Ainsi, l'évaluation des efforts fournis et du travail accompli appartient au tribunal

¹²⁵⁰ Entretien avec un greffier au TF de Maknès, le 13 mai 2016.

¹²⁵¹ Entretien avec Samira, dans un cabinet d'avocat, Meknès, le 22 mai 2016.

compétent qui doit en apprécier l'importance et la nature ainsi que les effets sur les profits réalisés durant la période du mariage. Cette évaluation ne s'étend pas à la répartition à parts égales des biens, mais elle a pour objet de déterminer les efforts déployés par chacun des conjoints et leurs effets sur les biens acquis.

Bien que le législateur ait tenté de rendre justice à la femme, les dispositions de l'article 49 du CF sont ambiguës et difficilement applicables. Notamment dans le cas où les biens de la famille sont inscrits uniquement au nom du mari et quand l'épouse n'arrive pas à prouver que son salaire ait été investi dans les charges du ménage. La jurisprudence s'est montrée rigoureuse concernant la question.

En effet, à la suite d'une demande de divorce par discorde initiée par le mari (après 35 ans de mariage), la femme demande la moitié du prix de la villa, qui est au nom de son époux. Elle avance qu'elle a également participé à la construction de ce bien immobilier par son salaire et par un prêt en son nom. Le TF de Tanger a refusé la demande de la femme pour absence de preuve. Le contrat de prêt ne signifie pas que l'argent, objet de l'emprunt a été dépensé dans la construction de la villa¹²⁵².

Dans une autre affaire, concernant un cas de répudiation par le mari après 50 ans de mariage. L'épouse demande la moitié de la fortune accumulée par son époux pendant le mariage qui s'élève à des millions de dirhams. Il est établi par témoins et aveux de l'époux que l'épouse a toujours participé aux côtés de son mari aux travaux agricoles. Après avoir déclaré que l'épouse a bien participé à la fructification des fonds de son mari, le TF de Meknès, a toutefois précisé que cette amélioration d'ordre matériel de l'époux n'est pas due seulement à la participation de la femme et a estimé la part de la femme à 60000 DH¹²⁵³.

Il est regrettable que, dans la première affaire, le tribunal considère que la femme n'a pas participé à la construction de la villa, sans diligenter une enquête sur la fortune du mari avant le mariage, sur son salaire et sur le prix de la villa. Le tribunal n'a pas demandé non plus à quoi cette épouse a dépensé son salaire pendant 35 ans, alors que juridiquement le droit d'entretien incombe au mari. Ce dernier prétend que l'emprunt bancaire de son épouse a été dépensé dans ses « affaires personnelles ». Le tribunal n'a cependant même pas demandé en quoi consistent ces « affaires personnelles ».

¹²⁵² TF de Tanger, dossier n° 832/07/33, le 02/01/2008, *Revue justice de la famille*, n°4, p. 241.

¹²⁵³ TF de Meknès, dossier n° 516/04/5, le 27/09/2007, *op. cit.*, p. 235.

Ce qui nous interpelle dans la seconde affaire est que malgré les aveux du mari, selon lesquels, il a acquis ses biens mobiliers et immobiliers pendant la relation conjugale, le jugement a employé plusieurs fois l'expression « la femme a participé dans la fructification des fonds de son ex-mari ». Pour le tribunal, bien que ces fonds soient le produit d'un travail commun, ils n'appartiennent qu'au mari seul. Cette conception explique la décision du tribunal accordant à la femme une somme aussi modeste.

Si ces jugements sont rigoureux concernant l'établissement de la preuve de la participation de la femme dans la fructification du patrimoine familial, d'autres peuvent être considérés comme un peu plus indulgents. Nous citons à titre d'exemple, l'arrêt de la Cour suprême du 21 octobre 2009¹²⁵⁴ qui déclare que l'épouse qui a contribué à faire fructifier les ressources de la famille a le droit d'exiger une compensation de son époux. Ainsi, la supervision des travaux de construction et la collecte des loyers constituent une contribution aux biens de la famille pour laquelle l'épouse doit être indemnisée¹²⁵⁵.

La répartition des biens au moment du divorce pose donc un problème sérieux pour la femme. Pour des raisons socioculturelles, les biens acquis de la famille le sont généralement au nom du mari. À cela s'ajoute le fait que même des femmes instruites et fonctionnaires négligent d'établir un contrat de partage des biens au moment du mariage¹²⁵⁶. Il arrive ainsi que des femmes finissent par tout perdre, y compris leur capital initial qui a servi de point de départ à la fortune familiale. Le seul propriétaire que reconnaît le tribunal est celui dont le nom figure sur les documents de propriété.

Concernant la femme au foyer, le silence du législateur à propos de cette question a eu un impact direct sur la position de la jurisprudence. Deux courants jurisprudentiels s'opposent. Le premier, majoritaire, considère que la femme qui ne travaille pas, n'a eu aucune participation active à la prospérité du ménage et lui refuse son droit à une partie du patrimoine familial. Ainsi, le TF de Casablanca refuse la demande de la femme à une partie

¹²⁵⁴ C. Sup, dossier n° 80/2/1/2008, le 21/10/2009, *Almajala almaghribia lidirasat alkanouniya walqadaeya (La revue marocaine des études juridiques et judiciaires)*, n°2, février 2010. Jurisprudence.ma.

¹²⁵⁵ La plupart des juridictions appellent la somme en argent qu'elles attribuent à la femme dans le cadre de l'article 49 « indemnisation ». Cette dénomination semble inappropriée, car s'il est établi que la femme a contribué dans la fructification du patrimoine familial, ceci implique que ce patrimoine soit commun et doit être partagé selon la proportion de chacun, au lieu d'attribuer une somme d'argent à l'autre époux.

¹²⁵⁶ Depuis l'entrée en vigueur de la Moudawana de 2004 le nombre des contrats sur le partage des biens au moment du mariage est insignifiant, même s'il a connu une hausse remarquable en 2013 en atteignant la barre de 1520 actes. En 2010 le nombre de contrats sur le partage des biens était de 139. Ministère de la Justice et des Libertés, *Alkadae alosari : Alwakie walafak, achr sanawat min tatbik moudawanat alosra, dirasa tahlilia ihsaeya (La justice familiale : réalités et horizons, 10 ans d'application du code de la famille, étude analytique et statistique)*, 2004-2013, 2014, p. 73. Téléchargeable sur www.adala.justice.gov.ma

du seul appartement que possède le mari au motif que la femme n'a pas apporté la preuve de sa contribution dans l'achat de l'appartement. Pourtant l'épouse avançait qu'elle économisait de l'argent des courses pour aider le mari dans l'acquisition de cet immeuble¹²⁵⁷. De même, le TF d'Oujda affirme de manière explicite que seul le travail rémunéré est pris en compte. La femme au foyer ne peut prétendre à la moitié de la fortune du mari ou à une quelconque indemnisation à la suite du divorce¹²⁵⁸. À l'opposé, de rares décisions prennent en compte le travail domestique de la femme pour évaluer sa part dans le patrimoine familial. Nous citons à titre d'exemple, la décision du TF de Casablanca du 21 février 2008. Le tribunal considère que le travail domestique de l'épouse constitue une participation active dans le développement du patrimoine du mari. Par conséquent, elle a droit à une contrepartie financière pour le travail fourni¹²⁵⁹. Là encore, le tribunal accorde à la femme une sorte de dédommagement pour le travail fourni.

Ainsi, par son ambiguïté, l'article 49 pose une série de problèmes par rapport à son application. C'est pourquoi la jurisprudence est divisée sur cette question. La femme marocaine peut se retrouver dans le dénuement à la suite d'un divorce. La Cour de cassation devrait intervenir par le biais de son pouvoir unificateur pour rendre à la femme sa dignité et élargir le champ d'application de l'article 49 en y incluant les femmes au foyer. À l'inverse, les articles traitant la *hadana*, par leur clarté, n'ont suscité aucune divergence entre les tribunaux.

2. Le droit à la garde des enfants

En cas de divorce, la mère a la priorité en matière de la garde des enfants, toutefois elle perd ce droit en cas de remariage (a) ou de mauvaise conduite (b) et parfois même en cas de changement de résidence (b).

¹²⁵⁷ TF de Casablanca, le 15 mars 2007, cité par KETTARI K., « Attatbik alkadaei limoktadayat almada 49 min modawanat alosra almotalika biktisam alamwal almoktasaba bayn zawjayin (L'application judiciaire de l'article 49 du CF concernant le partage des biens acquis pendant le mariage) », Téléchargeable sur <http://adala.justice.gov.ma/>

¹²⁵⁸ TF d'Oujda, le 09 février 2009, cité par AHIDAR A., *Amal azzawja dakhel albayt (Le travail de l'épouse au domicile)*, Imprimerie Dar alaman, Rabat, 2010, p. 71.

¹²⁵⁹ TF de Casablanca, le 21 février 2008, cité par ACHTIBI S., *Almomasara alkadaeya lilmada 49 min moudawanat alosra almotalika biktisam alamwal almoktasaba bayn azawjayn (La pratique judiciaire de l'article 49 du CF concernant le partage des biens acquis pendant le mariage)*, Mémoire de Master, droit, Rabat, 2010, p. 108.

a. Le remariage de la mère

Le remariage de la mère a toujours constitué une cause de déchéance de son droit de garde¹²⁶⁰. Toutefois, depuis 2004, le remariage de la mère gardienne n'est plus une cause de déchéance automatique. Selon l'article 175 du CF, la mère remariée conserve son droit à la garde de ses enfants dans les cas suivants :

- L'enfant n'a pas encore sept ans ou on craint que sa séparation avec sa mère lui soit préjudiciable.
- L'enfant présente une maladie ou une incapacité qui rend la garde difficile pour quelqu'un d'autre que la mère
- Le nouveau mari est un parent au degré prohibé pour l'enfant ou son tuteur légal.
- Si la mère est aussi la tutrice légale de l'enfant.

La question du remariage de la mère se pose fréquemment devant les juridictions marocaines.

Dans une affaire devant le TF de Meknès en date du 26 janvier 2016, un père demande que la garde de son fils lui soit attribuée puisque la mère s'est remariée. Le tribunal donne raison au père en citant la jurisprudence de la Cour de cassation : « Le remariage de la titulaire de la garde avec un étranger déchoit son droit de garde sauf s'il y a les conditions exceptionnelles dictées dans le CF ». Pour le tribunal l'intérêt de l'enfant réside dans le fait « d'attribuer la garde à son père, car c'est lui le plus apte à le garder en raison de son âge et du fait du remariage de la mère avec une personne autre qu'un proche parent au degré prohibé de l'enfant ». Ce dernier attendu était déjà celui d'un arrêt de la Cour Suprême¹²⁶¹. Dans ce dernier arrêt, la haute juridiction avait confirmé le jugement de première instance prononçant la déchéance de la garde. Parmi les moyens de cassation, la requérante se plaint que le tribunal n'a pas ordonné une enquête pour s'assurer de l'intérêt de l'enfant. La Cour de cassation a rejeté ce moyen, au motif que les juges du fonds ont bien appliqué les articles 174 et 175 du CF. Une enquête n'est pas nécessaire, car tous les éléments de l'affaire sont bien réunis.

¹²⁶⁰ Ceci est en parfaite conformité avec les prescriptions de l'école malékite et de l'école hanafite qui s'appuient sur un récit du Prophète qui aurait dit à une femme répudiée par son mari : « ton droit prévaut tant que tu ne te maries pas ».

¹²⁶¹ C. Sup, dossier n° 215/05, le 01/02/2006, *Almontaka min amal alkade fi tatbik moudawanat alosra (Quelques décisions judiciaires en matière familiale)*, op. cit., p. 308.

Mais qu'en est-il de l'intérêt de l'enfant ? À la fin du chapitre sur la *hadana*, l'article 186 de CF dispose : « En tout état de cause pour l'application des dispositions du présent chapitre, le tribunal tient compte de l'intérêt de l'enfant soumis à la garde ». Ainsi, en se basant sur cet article, le TF de Béni Ahmed a déchu la mère de son droit de garde à la suite de son remariage alors que l'enfant n'a pas encore atteint l'âge de sept ans étant donné que l'enfant est laissé chez sa grande mère maternelle à la campagne sans scolarisation et l'intérêt de l'enfant oblige que le droit de garde soit confié au père qui habite à Casablanca en compagnie de sa mère¹²⁶².

Aussi, dans l'objectif de préserver l'intérêt de l'enfant, l'article 175 indique que le droit de garde persiste si on craint que la séparation de l'enfant avec sa mère lui porte préjudice. Dans un arrêt de la Cour d'Appel d'Eljadida, le tribunal rejette la prétention de la mère fondée sur l'affirmation que sa séparation avec son enfant porte préjudice à ce dernier, au motif qu'elle n'a pas apporté la preuve de ses prétentions. Par conséquent, la Cour d'Appel déclare la mère déchue de son droit de garde en raison de son remariage¹²⁶³.

Le délai de déchéance du droit de garde est limité à une année à compter de la date à laquelle la consommation du nouveau mariage de la gardienne a été connue¹²⁶⁴, à moins qu'il y ait force majeure (art.176). Il ne peut être considéré comme cause de force majeure entraînant la déchéance de la garde, le remariage de la mère gardienne depuis trois ans, et le fait que le père se trouvait provisoirement à l'étranger¹²⁶⁵. Ce délai ne commence à courir qu'à partir de la date à laquelle l'enfant aura l'âge de sept ans¹²⁶⁶. Par ailleurs, la femme peut perdre son droit à la garde de ses enfants s'il est établi qu'elle est de mauvaises mœurs.

b. La mauvaise conduite de la mère

L'article 173 du CF exige la rectitude et l'honnêteté parmi les conditions de la dévolution de la garde. Par conséquent, l'inexistence de ces deux qualités chez le titulaire du droit de garde le déchoit de son droit. Néanmoins, qu'englobent ces deux termes ? Et comment peut-on prouver leur inexistence ?

¹²⁶² TF de Béni Ahmed, dossier n° 4953/06, le 14/02/2007, *ibid.*, p. 327.

¹²⁶³ CA d'Aljadida, dossier n° 15/48/06, le 30/05/2005, *ibid.*, p. 313.

¹²⁶⁴ C. Cass, dossier n° 63/05, le 21/09/2005, *ibid.*, p. 311.

¹²⁶⁵ TF de Marrakech, n° 2865, le 03/10/2005, Cité par CHAFI M., BOUABID A., TOUTA H., « La lecture des jugements », dans ELHAJJAMI A (dir.), *Code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire*, Marrakech, Service de coopération et d'action culturelle, Ambassade de France au Maroc, 2009, p. 151.

¹²⁶⁶ C. Sup, dossier n° 571/09, le 18/01/2011, *Almajala almaghribia lidirasat alkanouniya walkadaeya (La revue marocaine des études juridiques et judiciaires)*, n° 6, p. 255 et s.

La jurisprudence est unanime à affirmer que la condamnation de la mère pour débauche ou pour adultère entraîne la déchéance de son droit de garde puisque selon le tribunal les conditions de rectitude et d'honnêteté ne sont pas remplies. En raison de sa débauche, la mère est incapable de veiller sur la moralité et la religion de l'enfant¹²⁶⁷. Ces deux conditions font également défaut pour la mère condamnée pour vol¹²⁶⁸.

Quand il y a un jugement de condamnation, la mauvaise conduite de la femme est établie. Mais quand il n'y en a pas, comment le demandeur prouve-t-il l'inaptitude de la femme à la garde ?

En la matière, on applique les règles générales de la preuve, y compris le témoignage. Cependant, il est regrettable qu'un jugement du tribunal de Marrakech se soit fondé exclusivement sur un *lafif* de 12 témoins pour prouver la mauvaise conduite de la mère et prononcer la déchéance de son droit de garde¹²⁶⁹. Comment peut-on soustraire à une mère ses enfants en se basant simplement sur le témoignage adoulaire ? Surtout à une époque où le faux témoignage est devenu monnaie courante¹²⁷⁰.

Par cette mesure, le législateur entend préserver la moralité et la droiture de l'enfant. Selon lui, grandir dans une atmosphère saine protège également le bien-être et l'intégrité psychique de l'enfant. Mais pourquoi cette règle profondément inégalitaire ne s'étend-elle pas au père qui a été appréhendé dans un délit de débauche ou d'adultère ? Ainsi, il apparaît que même si la mère a le statut prioritaire en matière de garde, elle peut perdre son droit facilement et pour des raisons futiles comme en cas de changement de résidence de la mère.

c. Le changement de résidence

En droit malékite, l'éloignement de la mère est une cause de déchéance du droit de garde. Les doctrinaires malékites expliquent cette mesure par le fait qu'en raison de l'éloignement de la mère avec ses enfants, le père ne peut pas surveiller l'enfant et l'éduquer. Selon Khalil, même si la garde est attribuée à la mère, c'est au père de corriger l'enfant, de l'éduquer et de l'envoyer à l'école.

¹²⁶⁷ C. Sup, dossier n° 485/2/1/2005, le 04/01/2006, TF de Larache, dossier n° 159/05/5, le 20/09/2005, TF d'Abajad, dossier n° 166/07, le 20/09/2007, *Almontaka min amal alkade fi tatbik moudawanat alosra (Quelques décisions judiciaires en matière familiale)*, *op. cit.*, pp. 309, 318 et 320.

¹²⁶⁸ C. Sup, dossier n° 142/06, le 04/10/2006, *ibid.*, p. 307-308.

¹²⁶⁹ TF de Marrakech, dossier n° 1381, le 15/06/2006. Cité par CHAFI M., BOUABID A., TOUTA H., « La lecture des jugements », *op. cit.*, p. 152.

¹²⁷⁰ *Ibid.*, p.152.

Aujourd'hui, le changement de résidence à l'intérieur du Maroc de la femme gardienne n'entraîne pas la déchéance de la garde. La raison, selon le guide pratique du CF, est « la facilité de déplacement et la communication à l'intérieur du royaume ainsi que les distances à parcourir »¹²⁷¹, exception faite dans le cas d'obstacles rendant difficiles le contrôle de la situation de l'enfant. C'est pourquoi le déménagement de la mère gardienne à Casablanca ne constitue pas une cause de déchéance de garde¹²⁷².

En revanche, le voyage et la résidence de la mère gardienne avec les enfants à l'extérieur du Maroc constituent une cause de déchéance de la garde. La Cour Suprême a cassé un arrêt de la Cour d'Appel qui a fait prévaloir l'intérêt des enfants (de résider en Belgique) sans se soucier des droits du père d'être près de ses enfants et de veiller sur leur éducation¹²⁷³.

Enfin, Il arrive que des mères gardiennes partent résider à l'étranger en laissant leurs enfants avec leurs familles. Les juridictions marocaines considèrent que ce comportement est assimilable à un abandon de la garde et la transmettent au père¹²⁷⁴.

¹²⁷¹ Ministère de la justice, *Guide pratique du Code de la famille*, pp. 114-115. Téléchargeable sur http://www.asfad.org/wp-content/uploads/2012/02/Guide_pratique_du_code_de_la_famille-marocain.pdf.

¹²⁷² TF de Marrakech, dossier n° 2106, le 16/06/2005, Cité par CHAFI M., BOUABID A., TOUTA H., « La lecture des jugements », *op. cit.*, p. 151.

¹²⁷³ C. Sup, dossier n° 333/04, le 26/04/2006, *Almontaka min amal alkade fi tatbik moudawanat alosra (Quelques décisions judiciaires en matière familiale)*, *op. cit.*, p. 311-312.

¹²⁷⁴ C. Sup, dossier n° 521/05, le 26/04/2006, C. Sup, dossier n° 8/05, le 03/05/2006, CA de Tétouan, dossier n° 145/05, le 07/03/2006, CA de Tanger, dossier n° 297/06, le 28/09/2006, TF de Safi, dossier n° 527/06, le 19/02/2007, *ibid.*, p. 308, 311, 312, 314 et 319.

Conclusion du titre II

Salué par la société internationale et considéré comme une avancée majeure en matière de droits de la femme et de l'enfant, le CF de 2004 introduit plusieurs nouveautés phares : il instaure un âge légal unique pour le mariage, fixé à 18 ans, consacre le principe de la coresponsabilité au sein de la famille, accorde à la femme un droit au divorce quasi-équivalent à celui de l'homme, restreint la polygamie et reconnaît la paternité de l'enfant dans les cas de naissance pendant la période des fiançailles ...

Cependant, ces acquis juridiques n'ont pas pu pénétrer la pratique sociale qui continue à se baser sur la division sexuelle des rôles et des tâches. Il nous semble que malgré quelques sondages officiels positifs qui démontrent que les Marocains sont favorables aux dispositions de la Moudawana, la réalité du terrain est tout autre. Nous citons à titre d'exemple le fait que certains Marocains croient encore que la femme doit obéissance à son mari ou que seul le mari doit entretenir sa famille.

L'imprégnation de la société marocaine par le patriarcat s'illustre également dans les décisions judiciaires. Les magistrats, par le biais de leur pouvoir d'appréciation, octroient facilement les autorisations dans le cadre du mariage de mineurs ou en matière de polygamie. C'est pourquoi nous ne pouvons pas affirmer que la jurisprudence marocaine va dans le sens de la protection des droits des femmes. Toutefois, il serait un peu rapide d'affirmer que cette constatation est le résultat du conservatisme d'un corps. Le focus sur une juridiction précise ou les pratiques de quelques magistrats que nous avons pu interroger montrent que les situations sont souvent plus complexes et qu'il n'y paraît : l'appréciation peut être très variable d'un ou d'une magistrat(e) à l'autre et les juges sont parfois contraints de prendre en compte les réalités du terrain dans l'intérêt même des femmes pour des raisons matérielles (comme le montre l'exemple de l'autorisation de mariage donnée pour une jeune fille isolée dans une cabane en forêt et pour laquelle le juge évoque le risque de viol) ou culturelles (argument soulevé dans une région où les mariages d'adolescentes ne se feront plus sinon que de manière traditionnelle hors du giron de la justice).

Conclusion de la deuxième partie

Alors qu'il fut rédigé en 1957, un an après l'indépendance du pays, le CSP ou Moudawana plongeait ses sources dans les préceptes de l'école malékite. Ce texte constitue un *corpus* de règles d'essence patriarcal, octroyant au mari la direction de la famille et l'exercice des privilèges qui en résultent. Répudiation, polygamie, tutelle, telles sont les prérogatives accordées au mari par la *Moudawana*.

Cependant, malgré une opposition tenace, certains amendements y furent apportés en 1993. Ils demeuraient toutefois insuffisants. Cette désacralisation du CSP a convaincu le mouvement féministe marocain de la nécessité de poursuivre sa lutte pour une réforme globale. Avec l'aide de la banque mondiale et sous l'initiative du gouvernement, un plan d'action pour l'intégration de la femme au développement fut élaboré. C'est dans l'intérêt du développement national que ce projet préconisa la réforme de la Moudawana. Mais face à un mouvement puissant, le gouvernement fut contraint de renoncer au moins temporairement au programme du plan, laissant les organisations féministes continuer leur action. En 2002, à l'occasion des élections, 35 femmes firent leur entrée au Parlement marocain en vertu d'un nouveau système de quotas adopté par les partis politiques. Le Roi Mohammed VI répondit aux espoirs des femmes et nomma une commission royale avec pour mission l'adoption d'un nouveau code de la famille. Afin d'exercer pression sur la commission, toute une dynamique se mit en marche : organisation d'ateliers, de tables rondes, de groupes de discussion envoi de mémorandum à la commission.

En octobre 2003, le Roi annonce la promulgation d'un nouveau Code de la famille, qui sera adopté à l'unanimité par les deux chambres du parlement en janvier 2004. Le cas marocain illustre avec force la capacité qu'ont eu les défenseurs des droits de la femme en s'unissant et en se fédérant à réussir de faire réformer les lois les plus immuables jusque-là.

Toutefois, la mise en pratique du Code de la Famille de 2004 a révélé l'existence d'un certain nombre d'insuffisances et de lacunes susceptibles d'entraver la concrétisation dans la réalité de ses règles protectrices. « Une intervention explicite du législateur pour combler ces lacunes permettrait de mettre fin à certaines situations d'injustice et de dégager en même temps la responsabilité des juges dans leur perpétuation. Il en est par exemple des

autorisations de mariage avant l'âge légal ou de la privation de l'épouse de ses intérêts économiques au moment de la séparation conjugale faute de preuve »¹²⁷⁵.

De surcroît, d'autres obstacles existent et sont liés au fonctionnement de l'appareil judiciaire. Il s'agit de l'insuffisance de moyens matériels et humains mis à la disposition de la justice de la famille, de l'insuffisance de la formation des juges, de l'efficacité peu prouvée de la procédure de réconciliation telle qu'elle est pratiquée actuellement et du problème de notification¹²⁷⁶...

Il faudra également prendre en compte le facteur économique et social lié « aux conditions de vie, à la pauvreté, à l'ignorance et à l'analphabétisme des justiciables, notamment dans le milieu rural...une bonne application du Code ne repose pas uniquement sur le rôle du juge et de l'instance judiciaire, elle est tributaire de tout un environnement social, culturel et économique sur lequel il faudra agir afin de promouvoir le changement social inauguré par la réforme »¹²⁷⁷.

Enfin, il nous semble que l'amélioration du statut de la femme marocaine ne peut se faire sans ancrer socialement et institutionnellement une culture égalitariste. La réussite d'une réforme juridique doit être accompagnée en amont d'un travail de conscientisation profond, plus particulièrement, à travers l'école et les médias.

¹²⁷⁵ EL HAJJAMI A., « Synthèse générale », dans *Le Code de la Famille à l'épreuve de la pratique judiciaire*, Marrakech, Service de coopération et d'action culturelle, Ambassade de France au Maroc, 2009, p. 172.

¹²⁷⁶ *Ibid.*

¹²⁷⁷ *Ibid.*

Conclusion générale

Inscrire l'histoire de la femme marocaine sur le temps long en prenant en compte la période du protectorat, puis l'indépendance jusqu'à la période actuelle nous permet d'affirmer qu'il y a eu une forme de continuité au départ, puis une sorte de rupture qui s'est manifestée à la fin des années Quatre-vingt-dix. Pendant une longue période, l'État, principal acteur du changement d'une société donnée (à travers son pouvoir législatif), ne s'est pas vraiment soucié de l'amélioration de la condition des femmes. Il faudra attendre la fin des années Quatre-vingt-dix et sous la pression des organisations de défense des droits des femmes pour que le gouvernement élabore un plan national d'intégration des femmes au développement. Mais à cause de divergences multiples, le texte ne fut jamais adopté. Un consensus s'est établi par la suite et le Roi mit au vote du Parlement une proposition d'un nouveau Code de la Famille, garantissant plus de droits aux femmes. De fait, le texte est adopté en février 2004.

Durant la période coloniale, le pluralisme juridique existant ne favorisait guère la situation de la femme ; dans certaines régions berbères, par exemple, celle-ci ne pouvait pas se prévaloir de son droit à l'héritage. Que ce soit dans le rite malékite, dans le droit hébraïque ou dans les coutumes berbères, les femmes étaient reléguées au second plan, marginalisées au sein de la société. Le colonisateur français a fait fi de sa prétendue « mission civilisatrice » et n'a pas contribué à changer la donne. Il n'a même pas garanti à la femme marocaine le droit de s'instruire. Il fallut attendre les années Trente pour que les premières écoles pour filles apparaissent sous l'égide du parti de l'*Istiklal*.

Suite à ses expériences coloniales, notamment en Algérie, à la crainte des révoltes et aux changements de perception vis-à-vis de l'administration directe, les colonisateurs français n'ont pas cherché à modifier le statut personnel musulman, du fait que ce dernier relevait du sacré. Le réformer risquait, potentiellement, de déclencher des réactions violentes de la part de la population indigène. La priorité fut accordée avant tout à la mise en valeur coloniale du pays et au maintien de l'ordre. Nous pouvons cependant constater, que la seule tentative d'interférer en matière de statut personnel au Maroc s'est manifestée à travers la politique berbère promue par le protectorat, et en créant des tribunaux coutumiers pour appliquer les coutumes. Cette politique a abouti en 1930 à l'adoption du dahir berbère qui a donné compétence aux tribunaux français en matière de crime commis en zone de coutume.

Ce dahir a enclenché une opposition violente de la part de la population et les autorités coloniales furent obligées de faire machine arrière. Si le dahir berbère n'avait pas provoqué ce tollé, la France aurait-elle pu, par la suite, réformer le statut personnel berbère à l'instar de ce qu'elle a fait en Kabylie ? La question reste en suspens.

C'est la jurisprudence qui a permis *via* les commissaires du gouvernement français de modifier la coutume des Aït Haddidou qui ne reconnaissait pas à la femme divorcée le droit de garder son enfant. Ainsi, depuis la soumission des Aït Haddidou et l'instauration des tribunaux coutumiers, les femmes divorcées peuvent garder leurs enfants jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de deux ans¹²⁷⁸. Cependant, pour les juridictions du *chra'a*, les cadis sont restés prisonniers du conformisme juridique. Ils ont appliqué les règles juridiques telles qu'elles étaient enseignées par le rite malékite. En analysant la pratique judiciaire autochtone, nous n'avons relevé aucune référence explicite au droit et à la jurisprudence française. Il faudra toutefois noter qu'en matière de preuve du mariage musulman, nous avons remarqué que les cadis s'attachent étroitement aux documents produits. Ceci pourrait être vu comme une influence du droit français, où la preuve écrite est primordiale.

Du côté indigène, même si les réformateurs tels que Mohamed Elhajoui ou Mohamed Ben Alarbi Alaoui ont encouragé l'instruction féminine, il ne fut pas question de réformer le statut juridique de la femme. Le leader du mouvement national, Allal El Fassi fit en 1952 un travail de critique sur la situation de la société marocaine. Pour améliorer la condition de la femme, il soutint qu'on pouvait interdire la polygamie, limiter la répudiation, mettre fin à la contrainte matrimoniale sans contredire en aucun cas l'Islam.

La période coloniale a vu naître également les prémices du féminisme marocain avec la création en 1946 de la première association féminine marocaine *Akhawat assafa*. Cette association avait des revendications très en avance sur son temps. Ses militantes sollicitaient de fixer l'âge du mariage pour les femmes à 16 ans, de judiciariser la répudiation, de supprimer la polygamie, voire d'instituer l'égalité successorale.

Ainsi, du côté français comme du côté marocain, l'amélioration du statut juridique de la femme ne figurait pas parmi les projets de réformes. Concernant les Français, la priorité est accordée avant tout à l'exploitation des richesses du pays colonisé, alors que pour le mouvement national, l'indépendance prime sur toutes les autres revendications.

¹²⁷⁸ BOUSQUET G-H., « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *op. cit.*, p. 152.

À l'indépendance du pays en 1956, des commissions se sont constituées afin de réviser l'arsenal juridique en totalité dont celui de la famille. Il fut question de réunir les préceptes du *fikh* musulman sous la forme d'un code en éliminant les us et les coutumes dégradantes, à l'instar de la contrainte matrimoniale. Quatre dahirs furent promulgués dans un laps de temps très réduit, donnant lieu à la naissance du Code du Statut Personnel (CSP) ou la Moudawana, en 1957¹²⁷⁹. Ainsi, dans le préambule du dahir du 19 août 1957 créant une commission chargée d'élaborer un code de droit musulman, le souverain Mohamed V précise : « qu'étant donné que la matière du droit musulman par son volume, sa diversité et sa complexité peut se prêter à de multiples interprétations.... Qu'il est urgent et primordial d'en rassembler les prescriptions dans un code pour en faciliter l'apprentissage et pour en assurer une meilleure application... qu'étant donné l'importance que revêt une telle codification pour les justiciables et les résultats les plus bénéfiques qui ne manqueraient pas de rejaillir sur une bonne administration de la justice... »¹²⁸⁰.

Allal El Fassi, le rapporteur de la commission de codification du *fikh* musulman n'a pas réussi à transcrire ses idées réformistes dans le CSP. La polygamie fut maintenue, conditionnée simplement par le devoir de justice, de nature purement morale et échappant à tout contrôle judiciaire. La répudiation était libre et assortie d'une période de retraite légale de trois mois durant laquelle la femme pouvait être reprise par son époux à tout moment sans recourir à son consentement, sinon elle tombait sous le coup de l'abandon du domicile conjugal. Le CSP de 1957 consacre d'une manière flagrante le principe de l'inégalité entre époux. La femme pouvait se marier dès l'âge de 15 ans, alors que l'âge matrimonial pour un homme était de 18 ans. Seule la femme était soumise à la tutelle matrimoniale, qui ne peut être exercée que par une personne de sexe masculin. Durant le mariage, le mari était le chef de la famille, auquel sa femme devait obéissance en échange de son droit d'entretien. Il était libre de répudier sa femme à tout moment, alors que l'épouse ne pouvait demander le divorce que dans des cas très précis (défaut d'entretien, sévices, absence du mari), et elle devait toujours apporter la preuve de ses prétentions, ce qui semblait parfois impossible¹²⁸¹. Dans le cas où la femme pouvait racheter sa liberté en payant une compensation au mari (*khoul*), cela donnait lieu souvent à des chantages matériels et affectifs. Enfin, même si la garde des

¹²⁷⁹ LAMADDEB B, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille, op.cit.*, p. 9.

¹²⁸⁰ Cité par *ibid.*, p. 10.

¹²⁸¹ ELHAJJAMI A., « Le processus de réforme du code de la famille et ses innovations, en particulier celles relatives à la parentalité et aux droits des enfants », publication du centre Jacques Berque, 04 mai 2016. <https://cjb.hypotheses.org/122#more-122>

enfants était accordée en priorité à la mère, le remariage de cette dernière ou son éloignement du lieu de résidence du père lui faisait perdre cette prérogative¹²⁸².

Dans les faits, ces dispositions inégalitaires contribuaient largement à l'instabilité familiale et engendraient une forme de violence institutionnalisée à l'encontre des femmes¹²⁸³. Il était nécessaire alors de réformer ce *corpus* juridique.

À partir des années Soixante, plusieurs tentatives de réforme du CSP sont entamées (1961, 1965, 1979, 1981), mais elles avortent avant même d'être connues. Les mutations économiques poussent de plus en plus de femmes à s'investir sur le marché du travail. Ces dernières participent activement à la vie politique et sociale, à travers leurs adhésions aux partis politiques et aux syndicats, mais l'alibi de l'immutabilité de la religion interdit que l'on s'approche aux règles du statut personnel, considérées comme faisant partie du sacré. Le CSP constitue ainsi une forme de « citadelle » que l'État s'efforce de protéger.

Ce n'est que dans les années Quatre-vingt et sous la pression des associations de défense de droits des femmes, que le roi Hassan II accepte de nommer une commission dans le but de modifier quelques articles de la Moudawana. La réforme du 10 septembre 1993 a eu pour seul mérite de désacraliser la Moudawana, jusque-là considérée comme immuable. La logique de la prééminence de l'homme au sein du couple est maintenue. Les nouveautés résident dans le fait que la tutelle matrimoniale est devenue facultative pour les femmes orphelines de père et la soumission de la polygamie et de la répudiation à certaines garanties procédurales protégeant les droits de la défense.

Avec l'arrivée de la gauche au pouvoir et au gouvernement, un plan national d'intégration des femmes au développement est élaboré en 1998. Ce plan inclut la réforme du CSP, mais face à une opposition farouche de la part des conservateurs, même au sein du gouvernement et de la gauche, ce plan fut retiré. Néanmoins, l'amélioration de la condition des femmes demeure un enjeu principal de développement et de modernisation de la société. Parallèlement, le Maroc a connu un ensemble de réformes et de politiques visant à intégrer les femmes dans le processus de développement à tous les niveaux. Nous pouvons citer, par exemple, la révision du Code électoral en 2000 qui a permis lors des élections législatives en 2000, l'accès de 30 femmes à la chambre des représentants.

¹²⁸² *Ibid.*

¹²⁸³ *Ibid.*

Dans cette perspective de modernisation de la société, le débat sur la réforme de la Moudawana est rouvert dès 2001. Le roi nomme une commission de la révision de la Moudawana. Le CF de 2004 réussit à réaliser un consensus en inscrivant la réforme dans le référent religieux tout en s'ouvrant sur une certaine modernité. Les principales innovations du Code de la Famille (CF) de 2004 sont :

- la fixation de l'âge légal du mariage à 18 ans pour les deux sexes ;
- l'institution du principe de la coresponsabilité des époux au sein de la famille ;
- la tutelle matrimoniale est devenue facultative pour toutes les femmes majeures ;
- la soumission de la répudiation au contrôle du juge ;
- la restriction de la polygamie à certaines situations évaluées par le juge ;
- la création d'une juridiction spécialisée pour le contentieux familial.

Avec la réforme de la Moudawana en 2004, le statut de la femme a connu un grand pas en avant. Malgré quelques lacunes et le maintien de quelques institutions anciennes, ce texte a instauré quelques règles égalitaires au sein du couple. Il en est ainsi du principe de la coresponsabilité des époux, ou la possibilité pour l'épouse de demander le divorce pour une simple discorde.

Certes, le Code de la Famille de 2004 accorde plus de droits aux femmes, cependant, par manque de moyens, ce texte n'a pas atteint les objectifs escomptés. D'une part, par insuffisance de moyens de vulgarisation et de conscientisation à la loi, les Marocains et notamment les Marocaines n'ont pas appréhendé correctement leurs nouveaux droits. Une meilleure connaissance des nouvelles dispositions et des procédures juridiques du code de la famille nécessite une large campagne de sensibilisation et d'information. D'autre part, les moyens humains et matériels mis à disposition de la justice de la famille ne sont pas suffisants et la pratique judiciaire des seize années d'application a démontré leurs limites. Encore en 2016 au TF de Meknès, un juge s'indignait : « les conditions de travail sont difficiles, le matériel informatique ne marche pas, le téléphone non plus. Je n'arrive pas à me concentrer. Nous sommes deux juges qui travaillons dans le même bureau. Nous recevons les justiciables parallèlement et les audiences privées deviennent parfois des audiences publiques, car il y a beaucoup de monde dans notre bureau »¹²⁸⁴.

¹²⁸⁴ Entretien avec M. Donossila, Meknès, le 11 mai 2016.

L'adoption des normes a certes permis d'enregistrer des avancées importantes, mais le droit ne suffit pas en lui-même à changer de façon radicale la condition de la femme. Il n'a qu'un impact limité en raison des conditions sociales, culturelles et économiques environnantes. « La loi ne conscientise pas et ne change pas les mentalités des gens. Il faut en parallèle le travail des institutions culturelles, des écoles et des médias... On nous a transposé un texte qui n'a rien à voir avec la réalité sociale »¹²⁸⁵, nous déclarait un juge au TF de Meknès.

Les modifications juridiques doivent donc faire partie d'un processus de développement plus global incluant également une amélioration de la condition économique des femmes pour que celles-ci puissent faire face à une éventuelle dissolution de leur mariage.

Améliorer la situation de la femme et revendiquer l'égalité homme-femme ne peut se faire sans promouvoir en parallèle l'égalité sociale en général. Il est déplorable qu'en 2019 le Maroc se situe à la 121^e place par rapport à l'indice du développement humain établi par le Programme des Nations Unies pour le Développement¹²⁸⁶. Ce classement se base sur différents paramètres comme les inégalités sociales, la pauvreté, l'éducation, le système de santé, etc. De même, la portée de réformes juridiques ne peut être réellement importante sans faire ancrer les principes de l'État de droit et établir l'assise démocratique du pays.

Il est primordial de souligner qu'en pays musulmans en général, il est quasiment impossible de traiter du sujet de la famille sans se référer à la religion. Dans le cas du Maroc, la tentative du législateur de 2004 de concilier deux référentiels dissemblables (religieux et international) a compliqué les choses. Ce paradoxe s'est manifesté dans quelques dispositions spécifiques. Par exemple, on a voulu faire entrer le pays dans une certaine modernité en matière familiale en disposant que les deux époux seraient coresponsables de l'entretien de leur ménage, et de l'autre côté, on a maintenu la possibilité pour la femme d'entamer une action en justice contre son époux pour défaut d'entretien, alors que ce dernier ne peut pas engager la même action, même si sa femme est beaucoup plus fortunée. De même, plusieurs formes d'inégalité subsistent, comme le maintien de la polygamie ou de la répudiation au profit des hommes. Pour établir une complète égalité des sexes, sans restriction aucune, il faudra « séculariser le Code de la Famille, le détacher de toute

¹²⁸⁵ *Ibid.*

¹²⁸⁶ Cf. le journal *l'économiste*, 11 décembre 2019. L'conomiste.com

composante religieuse et tendre vers un droit positif»¹²⁸⁷, ce qui est possible, car « la loi ne prévoit pas de couper la main des voleurs, de lapider les fornicateurs...par conséquent on reste musulmans même si on sécularise la loi. On reste musulmans même si on a aboli l'esclavage, pourtant licite dans le Coran »¹²⁸⁸. Il est urgent que le législateur revoie les articles de la Moudawana qui méconnaissent le principe de l'égalité homme/femme : interdire la polygamie, supprimer la répudiation, établir l'égalité successorale entre les hommes et les femmes.

Cette dernière question a ouvert un large débat ces dernières années au Maroc. En 2013, D. Lachgar, chef du parti socialiste, a affirmé publiquement la nécessité de réformer le droit des successions. Cette revendication fut reprise par la suite par certaines ONG de défense des droits des femmes, qui revendiquent l'égalité en matière d'héritage entre les hommes et les femmes. Dans le cas précis où un père meurt en laissant des filles et des garçons, les femmes n'héritent que la moitié de ce qu'hérite leur frère. Si, en revanche, le défunt ne laisse que des filles, ses frères peuvent se prévaloir de leurs parts de l'héritage. Comme tous les débats sur la réforme du droit du statut personnel, cette question rouvre le débat sur la question du référentiel et oppose les traditionalistes aux défenseurs de la modernité. Il faudra toutefois noter qu'une enquête dirigée par M. Benradi est en cours pour interroger la perception des Marocains et des Marocaines sur une éventuelle réforme du droit successoral.

Enfin, l'amélioration du statut des femmes ne peut se faire sans les protéger contre toutes les formes de violences dont elles peuvent faire l'objet. Ainsi, le 12 septembre 2018, une loi (qui traînait dans les tiroirs du Parlement depuis 2013) sur les violences faites aux femmes est entrée en vigueur¹²⁸⁹. La loi incrimine pour la première fois « certains actes considérés comme des formes de harcèlement, d'agression, d'exploitation sexuelle ou de mauvais traitement »¹²⁹⁰ et prévoit des « mécanismes pour prendre en charge les femmes victimes »¹²⁹¹ de violences. La grande nouveauté de cette loi est la pénalisation du harcèlement de rue, mais le viol conjugal demeure toujours impuni.

¹²⁸⁷ Interview avec A. Dialmy, propos recueillis par H. Abdelghani, pour le magazine *Femme du Maroc* le 1^{er} septembre 2009.

¹²⁸⁸ *Ibid.*

¹²⁸⁹ La loi n° 103.13 du 22 février 2018 qui concerne la lutte contre la violence faite aux femmes. Téléchargeable sur Adala.justice.gouv.ma

¹²⁹⁰ Interview accordé par Bassima Hakaoui, ministre de la solidarité, du développement social, de l'égalité et de la famille à l'agence de presse officielle MAP.

¹²⁹¹ *Ibid.*

Grande faille de cette loi, aucune disposition ne prévoit son financement, ce qui rend sa mise en œuvre problématique. Ce texte fait référence aux centres d'accueil de victimes de violences conjugales. Mais, il n'existe qu'une dizaine de ces centres et leur capacité d'accueil est très limitée. De nombreuses victimes de violences conjugales sont obligées de retourner auprès de leurs maris violents, car elles n'ont pas de moyens propres de subsistance ou de logement. En outre, aucune aide financière n'est accordée aux victimes de ces violences. L'État prétend les protéger, mais en réalité, les laisse dans une situation de vulnérabilité absolue.

SOURCES ET BIBLIOGRAPHIE

I- SOURCES

A.SOURCES D'ARCHIVES

CENTRE DES ARCHIVES DIPLOMATIQUES DE NANTES.

« Politique indigène et musulmane » : carton 666.

« Communauté juive au Maroc » : carton 66 B.

« Direction des affaires indigènes » : Inv. N° 8/ cartons 245 et 265.

« Direction des affaires chérifiennes » : Inv. N° 4/ cartons 329, 330 et 331.

« Direction de l'intérieur » : Inv. N° 3/ cartons 421, 718, 724,725 et cartons allant de 730 à 735.

B. ENTRETIENS

-**ALILOUI A.**, Juge aux affaires familiales à la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 13 mai 2016.

-**ALKHAMLICHI A.**, Directeur de Dar alhadit alhassania, Rabat, le 19 avril 2016.

-**BAOUCH A.**, Bénévole au comité « réconciliation » au sein du Conseil Scientifique de Meknès, Meknès, le 6 janvier 2020.

-**BENRADI M.**, Professeur en sciences juridiques à l'Université AGDAL à Rabat, Rabat, le 20 avril 2016.

-**BERTAL M.**, Juge aux affaires familiales à la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 18 mai 2016.

-**CHAHAD**, Juge aux affaires familiales à la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 13 mai 2016.

-**DONOSSILA**, Juge notaire à la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 11 mai 2016.

-**EDDARKAOUI A.**, Juge aux affaires familiales à la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 18 mai 2016.

-**ELKALLOUBI H.**, Juge aux affaires familiales à la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 18 mai 2016.

-**FATIMA**, jeune fille au foyer, Meknès, le 18 mai 2016.

- FILALI Y.**, Président de la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 11 mai 2016.
- KELTOUM**, Substitut du procureur auprès de la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 18 mai 2016.
- MAGHNAOUI F.**, Présidente de l'Union de l'Action Féminine, Rabat, le 19 avril 2016.
- MASSOU H.**, Juge aux affaires familiales à la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 12 mai 2016.
- SABAGHI A.**, Juge aux affaires familiales à la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 12 mai 2016.
- SAMIRA**, Femme au foyer, Meknès, le 22 mai 2016.
- YATANA**, Juge aux affaires familiales à la Section de la Famille de Meknès, Meknès, le 16 mai 2016.

C. SOURCES IMPRIMÉES

1) OUVRAGES

- OUVRAGES EN ARABE.

- AMINE Q.**, *Tahrir almaraa (Libération de la femme)*, le Caire, 1899, (réédition Institut Hindawi en 2012).
- AZ-ZURKANI**, *Sharh moukhtasar Khalil (Exégèse de l'abrégé de Khali)*, t IV, Le Caire, 1307.
- EL FASSI A.**, *Al naqd al dati (L'autocritique)*, Le Caire, Imprimante internationale, 1952.
- REDHA M-R** *tafsir almanare (Commentaire d'almanar)*, Le Caire, Dar Elmanar, 2^{ème} édition, tom IV, 1947.
- EL JANABI I.**, *Charh Ibn Nadem lithofat alhkkam l'Ibn Acem Alandalousi (Explication d'Ibn Nadem de la Tohfa de l'andalous Ibn Acem)*, Bayrût, Maison Ibn Hazm, Tome II, 2013.
- IBN ACEM.**, *Tohfat alhokam fi nakt aloukoud walahkam*, corrigé par M. Abdessalam Mohamed, Le Caire, Maison alafak, 2011.
- MOHAMMAD AMINE A.**, *Sharh Az-zurkani ala mokhtasar sidi Khalil wamaah alfath arrabani fima dahola anh Az-zurkni lilbanani*, t V, Bayrût, Maison des livres scientifiques, 2002.
- TSOULI A.**, *Albahja fi charh attohfa (La joie dans l'explication de Tohfa)*, corrigé par CHAHIN M-A, Bayrût, Maison des livres scientifiques, Tome I, 1978.

2- OUVRAGES EN FRANÇAIS.

- AMEDEE G.**, *La justice chérifienne : Son origine, son fonctionnement et son organisation future*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1930.
- ASPINION R.**, *Contribution à l'étude du droit coutumier berbère marocain : étude sur les coutumes des tribus Zayanes*, Casablanca, Ed. A. Moynier, 1937.
- AUGUESSE L-C.**, *Le problème de la nationalité en Tunisie : considérations juridiques sur le protectorat*, Paris, Recueil Sirey, 1930.
- AYACHE A.**, *Le Maroc : bilan d'une colonisation*, Paris, éditions sociales, 1956.
- BASSET H.**, *Essai sur la littérature des berbères*, Alger, J. Carbonel, 1920.
- BENATTAR C., SEBAI E-H., THAALBI A.**, *L'esprit libéral du Coran*, Ed. Leroux, Paris, 1905.
- BERQUE J.**, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat, typo. Le Forestier, 1944.
-*Structures sociales du Haut-Alas*, Paris, PUF, 2ème édition, 1978.
- BERGE S.**, *la justice française au Maroc*, Paris, Maison Ernest Leroux, 1917.
- BOUSQUET G.-H.**, *Le droit musulman par les textes (Précis de droit musulman, t. II)*, Alger, Maison des Livres, 1947.
-*Précis élémentaire de droit musulman (malékite algérien)*, Alger, Maison des Livres, 2ème édition, 1947.
-*Justice française et coutumes Kabiles*, Alger, Maison des Livres, 1950.
- BRUNO C.**, *Partage de compétence et conflits de juridictions au Maroc*, Alger, La typ- Litho, 1944.
- CAILLE J.**, *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, Paris, Librairie Générale de droit et de Jurisprudence, 1948.
- CELARIE H.**, *Un mois au Maroc*, Paris, Hachette, 1923.
- COLLIEZ A.**, *Notre protectorat marocain : la première étape 1912-1930*, Paris, librairie des sciences politiques et sociales, 1930.
- DECROUX P.**, *Le mariage et le divorce en droit international marocain*, Casablanca, Impr. réunies, 1945.
- DE FOUCAULD C.**, *Reconnaissance au Maroc*, Paris, Challamel, 1888.
- EL HAJOUI M.**, *La femme dans le droit musulman*, Casablanca, la maison du livre, 1967.

- FRANCHASSIN L.**, *Des conflits de lois en matière de mariage au Maroc*, Thèse, Droit, Toulouse, 1936.
- FONVILLE R.**, *De la condition en France et dans les colonies françaises des indigènes des protectorats français*, Paris, Librairie de jurisprudence ancienne et moderne, 1924.
- HADDAD T.**, *Notre femme dans la Charia et la société*, maison tunisienne de l'édition, 1930, traduit de l'arabe par Manoubia Meski, Tunis, Nirvana, 2018.
- HANOTEAU A. et LETOURNEUX A.**, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Paris, 1872-1873 (2^{ème} édition : 1893). Cet ouvrage a été réédité en 2017, Saint-Denis, Edition Bouchène.
- HOUDAS O. MARTEL F.**, *Traité de droit musulman, la Tohfah d'Ebn Acem*, texte arabe avec traduction française, commentaires juridiques et notes philologiques, Alger, Gavault Saint-Lager, 1882-1893.
- IBN KHALDOUN**, *Prolégomènes*, traduction de Slane, tome IV, Paris, Imprimerie Impériale, 1862-1868.
- Histoire des berbères et des dynasties musulmanes de l'Afrique septentrionale*, traduction de Slane, tome I-IV, Alexandrie, Bibliothèque Alexandrina, (réédition en 2009).
- KHALIL IBN ISH'AK**, *Mariage et répudiation*, traduction avec commentaires par E. Fagnan, Alger, Jourdan, 1909.
- Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imam Malek*, traduction par G.H Bousquet, Alger, Éditions algérienne en-Nahda, Tome 4, 1956-1962.
- LAFOND J.**, *Les sources du droit coutumier dans le Sous : le statut personnel et successoral*, Agadir, Ed. Imprimerie du Sous, 1948.
- LEFEVRE L.**, *Recherche sur la condition de la femme kabyle (la coutume et l'œuvre française)*, Thèse, Droit, Alger, 1939.
- LEGENDRE L.**, *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, Thèse, Droit, Paris, 1950.
- LEVI-STRAUSS C.**, *Introduction à l'œuvre de Marcel Mauss*, Paris, PUF, 1950.
- LUCHAIRE F.**, *Manuel du droit d'outre-mer*, Paris, Recueil Sirey, 1949.
- MALKA E.**, *Essai sur la condition juridique de la femme juive au Maroc*, Paris, librairie générale du droit et de la jurisprudence, 1952.
- MARCY G.**, *Le problème du droit coutumier berbère*, Alger, édition Ferraris, 1954.
- MARTY P.**, *Le Maroc de Demain*, Paris, Comité de l'Afrique française, 1925.
- MEYLAN M.**, *Les mariages mixtes en Afrique du Nord : conclusion, effets sur la personne et les biens, dissolution*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1934.

- MILLIOT L.**, *Etude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb*, Thèse, Droit, Paris, 1910.
- MONTAGNE R.**, *Les berbères et le Makhzen dans le sud du Maroc*, Paris, Alcan, 1930.
- MORAND M.**, *Avant-projet de Code, présenté à la Commission de codification du droit musulman algérien*, Alger-Paris, A. Jourdan-Challamel, 1916.
- *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Alger, Carbonel, 1921.
- *Etudes de droit musulman et de droit berbère*, Alger, J. Carbonel, 1931.
- MOULIERAS A.**, *Le Maroc inconnu*, Paris, Librairie Coloniale et Africaine, 1895.
- PESLE O.**, *Le mariage chez les malékites de l'Afrique du nord*, Rabat, éd. Moncho, 1936.
- *La répudiation chez les malékites de l'Afrique du nord*, Rabat, éd. Moncho, 1937.
- PIERRE L.**, *Au Maroc*, Calmann-Lévy, 1890.
- PIQUET V.**, *Le peuple marocain. Le bloc berbère*, Paris, E. Larose, 1925.
- PLANETÉY A.**, *la réforme de la justice marocaine : la justice makhzen et la justice berbère*, Thèse, Droit, Paris, 1950.
- *La justice coutumière marocaine*, Paris, Librairie de droit et de jurisprudence, 1952.
- POSTAL R.**, *présence de Lyautey*, Paris, éd. Alsatia, 1941.
- RAGAI D.**, *La femme et le droit religieux de l'Égypte contemporaine*, Paris, Guethner, 1940.
- RIVIERE P-L.**, *Études marocaines*, Paris, Recueil Sirey, 1928.
- ROUSSIER J.**, *Le mariage et sa dissolution dans le statut civil local algérien*, Alger, 1960.
- SAUTAYRA**, *Code rabbinique. Eben haezer*, traduit avec les explications des docteurs juifs et des notes comparatives de droit français et de droit musulman, Paris, 1868-1869, deux tomes en un volume.
- SURDON G.**, *Esquisse du droit coutumier berbère*, Rabat, Félix Menchot, 1928.
- THAALBI A.**, *La Tunisie martyre*, Epinay-sur-Seine, 1937.
- THARAUD J. et J.**, *Fez ou les bourgeois de l'Islam*, Paris, Plon, 1920.
- ZAGOURI A.**, *Le divorce d'après la loi talmudique chez les marocains de confession israélite et les réformes actuelles en la matière*, Paris, LGDJ, 1958.
- *Du mariage en droit hébraïque*, Paris, LGDJ, 1960.

2) ARTICLES

- ALBO P.**, « Le mariage mixte, approche psychosociologique », *AJPES*, 1, 1957, p. 3 et s.
- BARON A-M.**, « Mariages et divorces à Casablanca », *Hespéris*, 1953, p. 419-440.
- BENDAOU**, « L'adoption des étrangers par contrat mixte de mariage et de travail chez les Beni M'guild », *RM*, 1935, n° 1, p. 34 et s.
- BEN DAOUD M.** et **MONTAGNE R.**, « Documents pour servir à l'étude du droit coutumier du sud marocain », *Hespéris*, 4^e trimestre, 1927, p. 401-445.
- BERGE S.**, « La justice française au Maroc », *RA*, 1916, p. 37 et s.
- BOUBENR A.**, et **BENCHAIB.**, « Répertoire de la jurisprudence musulmane algérienne et tunisienne, statut personnel et succession », *RA*, 1922- 1923, p. 24-34.
- BOUSQUET G-H.**, « La législation française et son influence sur le droit de la famille indigène », *RA*, 1930, p.190-202.
- « Observations générales sur l'Islam », *RA*, 1932, p. 20-29.
 - « Pour l'étude des droits berbères », *Hespéris*, 1952, p. 501 et s.
 - « Le droit coutumier des Aït Haddidou, notes et réflexions », *AIEO*, 1956, XIV, p. 143 et s.
- BROT V.**, « Les tribunaux coutumiers », *RMD*, 1948, p. 109-113, 130-135, 151-156.
- BRUNO C.**, « La rupture du lien conjugal par la volonté de la femme chez les Aït Atta du Rteb », *GTM*, n° 940, 16 octobre 1943, p. 440 et s.
- BRUNO H.** et **FABIEN.**, « La réorganisation de la justice indigène au Maroc », *RA*, 1914, p. 187 et s.
- « La justice berbère au Maroc central », *RA*, 1922-1923, p. 72-77.
- CHAMPCOMMUNAL M.**, « Le ménage à nationalités différentes » *RDIP*, 1929, p.1-24.
- CHIGUER S.**, « La femme mariée musulmane, les conditions juridiques de la nafaqa », *RM*, n° 2, 1935, pp. 21 et s.
- « La femme mariée musulmane ; condition juridique de la hadana », *RM*, n° 3, 1935-1936, p. 42 et s, et n° 4, 1935-1936, p. 57 et s.
- DAMNATI A.**, « Préférences accordées par le mari à l'une de ses deux épouses et répudiation par le mari formulé devant un seul témoin », *RM*, n° 5, 1937-1938, p. 8 et s.
- DECROUX P.**, « Condition et nationalité des indigènes musulmans, berbères, israélites et chrétiens au Maroc », *Recueil marocain Penant*, 1936, III, p. 34-42.
- « Problèmes posés par la constitution de l'État-civil dans les milieux indigènes de l'Afrique du Nord », *RA*, 1938, I, p. 92 et s.
 - « Le mariage et les régimes matrimoniaux en droit international marocain », *GTM*, n° 964, 15 septembre 1945.
 - « La forme civile du mariage au Maroc », *RMD*, Novembre 1953, n° 9, p. 385-397.

- « Mariages mixtes au Maroc », *RMD*, Janvier 1956, n° 1, p.1-28.
- DENAT M.**, « Coutumes berbères Ichkern : la dissolution du mariage », *RMD*, mai 1951, p. 202 et s., juin 1951, p. 246 et s.
- ELKHOUDJA A.**, « Les conditions abolitives de la garde de l'enfant habituellement dévolue à la mère », *RM*, n° 9. 1939, p. 1 et s.
- FAUQUE L.**, « Le mariage des musulmans d'Algérie », *RA*, 1961.
- GOICHON A-M.**, « La femme de la moyenne bourgeoisie fassia », *Revue des études islamiques*, 1929.
- GUEMARD G.**, « Les conditions du mariage en droit musulman (notamment dans le rite hanafite) comparé au droit français », *RA*, 1916, p. 125- 164.
- LAFUENTE G.**, « Dossier marocain sur le dahir berbère de 1930 », *Revue de l'occident musulman et de la méditerrané*, février 1948, vol 38, n° 1, p. 83-116.
- LAOUST E.**, « Le mariage chez les berbères du Maroc », *Archives berbères*, 1915, Vol. I, p. 73 et s.
- LAPANNE-JOINVILLE J.**, « Le régime des biens entre époux (dans le rite malékite) », *RMD*, n° 9, Novembre 1950, p. 394-406.
- « L'Obligation d'entretien (nafaqa) de l'épouse dans le rite malékite », *RMD*, Mars 1951, p. 102-114.
- « La théorie des nullités de mariage en droit musulman malékite », *RA*, Mai-Juin 1951, p. 92 et s.
- « La rescision du mariage en droit musulman malékite », *RMD*, n° 10, Décembre 1952, p. 431-450.
- « La preuve de la répudiation en droit malékite », *RMD*, n° 7, Juillet 1953, p. 299-305.
- « Le code marocain de statut personnel », *RJPUF*, janvier-mars 1959, p. 75-99.
- LARCHER E.**, « Les codes marocains », *RA*, 1914, p. 1 et s
- LASSERRE BIGORRY J-H**, « Le mythe Algésiras. Etude sur le statut international du Maroc en matière économique », *Politique étrangère*, 1950, 15-3, p. 317-341.
- MALKA E.**, « Le Lévirat ou « Yeboum » », *RMD*, 1948, p. 204-208.
- MARCY G.**, « Le mariage en droit coutumier Zemmour », *RA*, 1930, p. 77-92.
- MARTY P.**, « L'orf de Beni M'tir », *Revue des études islamiques*, 1938, p. 481 et s.
- MEYLAN M.**, « Les mariages mixtes au Maroc », *Revue international du droit privé*, 1935, p.35 et s.
- MICHAUX-BELLAIRE M**, « Des conférences sur l'histoire de l'Islam au Maroc, faites au Cours Préparatoire du Service des Affaires Indigènes », *archives marocaines*, 1927.

- MILLIOT L.**, « Les nouveaux quans kabiles », *Hespéris*, 1926, p. 365 et s.
- « La science européenne du droit musulman », *RJPUF*, 1947, p. 190 et s.
- MONTAGNE R.**, « Coutumes et légendes de la cote berbère du Maroc », *Hespéris*, 1924, p.101 et s.
- « Le régime juridique des tribus du Sud marocain », *Hespéris*, 3^e trimestre, 1924, p. 313 et s.
- « Une tribu du sud marocain : Massat », *Hespéris*, 4^e trimestre, 1924, pp. 357 et s.
- MORAND M.**, « Le sénatus-consulte du 14 juillet 1865 et l'application de la loi musulmane aux indigènes d'Algérie », *RA*, 1907, I, p.125 et s.
- « Le droit musulman algérien, le rite malékite et ses origines », *RA*, 1913, p. 205 et s.
- PEYRONNIE G.**, « La justice Makhzen au Maroc, le tribunal de Pachas et Caïds, le régime du Dahir du 4 août 1918 », *RA*, 1922-1923, p. 130-140.
- PLANTEY A.**, « La justice coutumière marocaine », *RJPUF*, tome IV, 1952, p. 20-56 et 189-211.
- POMMEREAU H.** et **NORES E.**, « Etude sur le don Moutaa ou le don de consolation », *RA*, 1928, p. 1-13.
- RECTENWALD G.**, « Réflexions sur l'institution des cadis dans le Maghreb », *RA*, 1913, p. 185-195.
- ROUSSIER THEAUX M.**, « Le mariage musulman, nature juridique », *RM*, 1935-1936, p. 59 et s.
- ROUSSIER J.**, « La femme dans la société islamique : droit malékite maghrébin », *Recueil de la société Jean Bodin*, tome XI, 1959, p. 223 et s.
- SURDON G.**, et **ZEYS P.**, « Les juridictions chérifiennes : Charaa, maghzen, coutumières, israélites », *RM*, 1935, p. 1 et s.
- TURBET A.**, « Le droit coutumier des Beni-Ouraïn Cheraga », *RA*, 1932, I, pp. 115-140.
- ZIMERMANN M.**, « L'accord franco-allemand du 4 novembre 1911 au sujet du Maroc et du Congo », *Annales de Géographie*, Volume 21, 116, 1912, p. 185-188.

II-BIBLIOGRAPHIE

A) OUVRAGES

-OUVRAGES EN ARABE

- ABBOUD A.R.**, *Alahawl Achakhsiya, Quawaaaid wa nosous wa shorouh (Statut personnel, normes, textes et explications)*, Rabat, Librairie Arrachad, 1965.
- ACHTIBI S.**, *Almomarasa alkadaeya lilmada 49 min moudawanat alosra almotalika biktisam alamwal almoktasaba bayn azawjayn (La pratique judiciaire de l'article 49 du Code de la famille concernant le partage des biens acquis pendant le mariage)*, Mémoire de Master, Droit, Rabat, 2010.
- AHIDAR A.**, *Amal azzawja dakhel albayt (Travail de la femme au domicile)*, Imprimerie Dar alaman, Rabat, 2010.
- ALKHAMLICHI A.**, *Min Moudawanat alahwal achakhsiya ela Moudawanat alosra (Du Code du statut personnel au Code de la famille)*, Partie 1, *azzawaj (le mariage)*, Rabat, Publication Maarif, 2012.
- *Min Moudawanat alahwal achakhsiya ela Moudawanat alosra (Du Code du statut personnel au Code de la famille)*, Partie 2, *attalak (le divorce)*, Rabat, Publication Maarif, 2016.
- BACO A.**, *Alwilaya fi zawaj, hokmoha wahikmatoha wa daroratoha (La tutelle dans le mariage, ses règles, son intérêt et sa nécessité)*, Casablanca, Imprimerie universitaire, 1995.
- BELKBIR A.** *Cheikh alislam Mohamed Belarbi Alaoui : Assalafia, alwataniya wa dimocratiya (Cheikh alislam Mohamed Belarbi Alaoui : le salafisme, le patriotisme et la démocratie)*, Maison de réussite nouvelle, 2014.
- BENADADA A.**, *Alfikr alislahi fi ahd alhimaya : Mohamed Ben Alhassan Alhajoui namoudajan (Le courant réformateur durant le protectorat : l'exemple de Mohamed Ben Alhassan Alhajoui)*, Centre culturel arabe, Casablanca, 2003.
- BENNANI F.**, *Taqsim alamal bayna azzawjayn fi daww alkanoun almaghrebi walfikh alislami (Partage des tâches entre époux à la lumière du droit marocain et du fikh musulman)*, Marrakech, Publication de la faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, 1993.
- CHALABI M.**, *Ahkam al ossra fi al islam (Règles de la famille en Islam)*, Bayrût, édition darannahda al Arabia, 1977.
- EL AMRANI ZENTAR E.**, *hokouk almaraa min khilal tohfat Ibn Acem wa Moudawanta alahwal chakhsiya (Droits de la femme à travers la tohfa de 'Ibn Acem et le Code du statut personnel)*, Casablanca, Publication Elahmadiya, 2000.
- EL BAKALI EL HASSANI M-A.**, *Kadae anniyaba alama fi dilal ahkam modawanat alosra (La justice du ministère public dans le cadre des dispositions du Code de la famille)*, Rabat, Association de la diffusion de l'information juridique et judiciaire, 2014.

- EL HOR Z.**, *Islah kanoun alosra bilmaghreb : almasar walmanhajiya (La réforme du droit de la famille au Maroc : processus et méthodologie)*, Casablanca, La Nouvelle Imprimerie de réussite, 2015.
- EL JIRARI A.**, *Wahdat almaghrib almadhabiya khilala attarikh (L'unité doctrinale du Maroc à travers l'histoire)*, Casablanca, Maison de la culture, Tome 1, 1976.
- RMIJA A.**, *Mawkif almajlis alala min tounaeyat alfikh walkanoun fi masael alahwal achakhsiya (Position de la cour suprême à propos de la dualité du fikh et du droit positif dans les matières du statut personnel)*, Rabat, Association de la diffusion de l'information juridique et judiciaire, Tome 1, 2007.
- SHARAWI H.**, *Moudakirat raedat almara alarabiya alhadita (Journal de la pionnière de la femme arabe contemporaine)*, Dar al-Hilal, Le Caire, 1981.
- TAJKANI M-H.**, *Kadiyat Moudawanat alahwal chakhsiya Belmaghreb (La question du Code du statut personnel au Maroc)*, Librairie Najah Eljadida, 1994.
- TAZI A.**, *Almara fi tarikh algharb alislami (La femme dans l'histoire de l'occident musulman)*, Casablanca, Imprimerie Alfanak, 1992.
- TAWFIK A.**, *Attaalik ala moudawanat alahwal chakhsiya : bikadae almajlis alala wa mahakim annakd alarabiya khilal arbayin sana (Commentaire du code du statut personnel : la pratique judiciaire de la cour suprême et des cours de cassation arabes durant 40 ans)*, Rabat, Librairie juridique, 2000.
- *Moudawanat alahwal chakhsiya maa akhir taadilat bidahir 10 chotinber 1993 (Code du statut personnel incluant la dernière réforme du 10 septembre 1993)*, Casablanca, Maison de la culture, 2001.

- OUVRAGES EN FRANÇAIS OU EN ANGLAIS

- ABOU ZAHRA M.**, *L'Imam Mâlik : sa vie et son époque : ses opinions et son fiqh*, traduction de Michel Galloux, Paris, Edition Al Qalam, 2007.
- AGERON C-R.**, *Politiques coloniales au Maghreb*, Paris, P.U.F, 1972.
- AGNOUCHE A.**, *Histoire politique du Maroc : pouvoir, légitimités, institutions*, éditions Afrique- Orient, Casablanca, 1987.
- ALAMI M'CHICHI H.**, *Genre et politique au Maroc ; les enjeux de l'égalité homme-femme entre islamisme et modernisme*, Paris, Harmattan, 2002.
- *Le féminisme d'État au Maroc, jeux et enjeux politiques*, Paris, Harmattan, 2010.

- ALKHAMLICHI A.**, *Commentaire de la loi de statut personnel, mariage et divorce*, Rabat, édition Al Maarif, 1994.
- ASSARAF R.**, *Mohamed V et les juifs du Maroc à l'époque de Vichy*, Paris, édition Plon, 1997.
- AUBERT J-L.**, *Introduction au droit*, Paris, Puf, Collection « Que sais-je ? », 10^e édition, 2007.
- BAKALTI S.**, *La femme tunisienne au temps de la colonisation*, Paris, Harmattan, 1996.
- BARRIERE L.-A.**, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Dijon, Editions Universitaires de Dijon, 1993.
- BELHADJ BOUFENDI L.**, *La condition féminine au Maghreb post indépendant : étude comparée : Algérie Maroc et Tunisie*, Thèse, Droit, Paris, 1999.
- BERTRAND A.**, *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, Thèse, Sociologie, Paris, 1977.
- BOURKANE T.**, *Présentation et étude de l'autocritique de Allal Al fassi*, Thèse, Philosophie, Paris, 1987.
- BORRMANS M.**, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris/La Haye, Mouton et co, 1977.
- BOUSSETTA M.**, *La coutume en droit marocain : Aspect historiques et contemporains*, Thèse, Droit, Lille, 1992.
- BRAND L.**, *Women, the State and Political Liberalisation. Middle Eastern and North African Experiences*, Columbia University Press, New York, 1998.
- CADIET L et AMRANI S.**, *Dictionnaire de la Justice*, Paris, Puf, 2004
- CHEVALIER-CARON C.**, *Femmes, éducation et identités au Maroc sous domination française (1862-1962)*, Mémoire de la maîtrise en histoire, Montréal, 2016.
- COMBE J.**, *La condition de la femme marocaine*, Paris, Harmattan, 2001.
- DAOUD Z.**, *Féminisme et politique au Maghreb, sept décennies de lutte*, Casablanca, Edition Eddif, 1993.
- DIALMY A.**, *Le Discours et la femme au Maroc, depuis le XIX^{ème} siècle*, Thèse, Philosophie, Amiens, 1987.
- *Féminisme, islamisme et soufisme*, Paris, Edition publisud, 1997.
- *Le féminisme au Maroc*, Casablanca, Editions Toubkal, 2008.
- EL HARRAS M.**, et **SERHANE F.**, *L'application du code de la famille, Acquis & Défis*, Amvlf, Unifem et Pnud, 2005.

- EL LAKDER S.**, *L'aliénation colonialiste et la résistance de la famille algérienne*, Lausanne, La Cité, 1961.
- GERMOUNI M.**, *Le protectorat français au Maroc : un nouveau regard*, Paris, L'Harmattan, 1995.
- GOURRAM A.**, *De la Moudawana au code de la famille continuité ou rupture historique*, Thèse, Droit, Perpignan, 2010.
- GRUNER R.**, *Du Maroc traditionnel au Maroc moderne. Le contrôle civil au Maroc 1912-1956*, Paris, Nouvelles Ed. Latin, 1984.
- HAFDANE H.**, *Les femmes marocaines une société en mouvement*, Paris, L'Harmattan, 2003.
- IMAM SUYUTI**, *Les quatre écoles sunnites, l'intérêt de leurs divergences*, traduction de Ali Hamoneau, Paris, éd la Ruche, 2004.
- KHILLO I.**, *Les droits de la femme à la frontière du droit international et du droit interne inspiré de l'Islam- Le cas des pays arabes-*, Thèse, Droit, Marseille, 2009.
- KNINAH A.**, *Image(s) française(s) du Maroc avant le protectorat : (XVIIe-XXe siècle)*, Thèse, Littérature, Avignon, 2015. <https://tel.archives-ouvertes.fr>.
- LAHNITE A.**, *La politique berbère du protectorat français au Maroc (1912-1956)*, Paris, Harmattan, 3 toms, 2011.
- LAHSIKA K.**, *Le Code de la famille et les acteurs judiciaires : représentations et réalité de l'application. Etude sociologique*, Meknès, Initiatives pour la Protection des Droits des Femmes, 2008.
- LAIDANI A.**, *Le droit coutumier kabyle pendant la colonisation française*, Montpellier, Presses universitaires de Montpellier, 2021.
- LAMADDEB B.**, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, Thèse, droit, Montpellier, 2012.
- LAMCHICHI A.**, *Islam, islamisme et modernité*, Harmattan, Paris, 1994.
- Femmes et Islam, l'impératif universel d'égalité*, Paris, Harmattan, 2006.
- LAROUÏ A.**, *L'histoire du Maghreb : un essai de synthèse*, Paris, F. Maspero, 1975.
- MERNISSI F.**, *Le Maroc raconté par ses femmes*, Rabat, Société marocaine des éditeurs réunis, 1984.
- Le monde n'est pas un harem : paroles des femmes de Maroc*, Paris, Albin Michel, 1991.
- Le harem politique le prophète et les femmes*, Paris, Albin Michel, 2010.

- MILLIOT L.** et **BLANC F-P.**, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Dalloz, 2001.
- MONJID M.**, *L'Islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb*, Thèse, Droit, Toulouse, 2010.
- MOUAQIT M.**, *L'idéal égalitaire féminin à l'œuvre au Maroc: féminisme, islamisme, sécularisme*, Paris, Harmattan, 2009.
- MOUFADIL O.**, *L'évolution du droit de la femme au divorce à l'épreuve de la pratique judiciaire en droit marocain*, Thèse, Droit, Perpignan, 2014.
- MOULAY RCHID A.**, *La condition de la femme au Maroc*, Rabat, éd. de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat, 1985.
- La femme et la loi au Maroc*, Casablanca, Le fennec, 1991.
- NADIFI S.**, *Le Makhzen justicier et administrateur au Maroc*, Thèse, Droit, Perpignan, 2005.
- NAJI ELMEKKAOUI R.**, *La Moudawanah : le référentiel et le conventionnel en harmonie*, Rabat, édition et impression Bouregreg, 3 tomes, 2009.
- N'DIAYE M.**, *La politique constitutive au sud : refonder le droit de la famille au Sénégal et au Maroc*, Thèse, Sciences politiques, Bordeaux, 2012.
- NIBOYET F.**, *l'ordre public matrimonial*, Paris, LGDJ, Lextenso édition, 2008.
- OUALAIZ H.**, *L'évolution du statut personnel de la femme au Maroc : entre la loi de Dieu et les droits de l'homme*, Thèse, Droit, Montpellier, 2014.
- PAPI S.**, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, Paris, Harmattan, 2009.
- RACHIK A.**, *Le proche et le lointain. Un siècle d'anthropologie au Maroc*, Aix-en-Provence, éd. Parenthèses (MMSH), 2012
- RENUCCI F.**, *Le statut personnel des indigènes : comparaison entre les politiques juridiques française et italienne en Algérie et en Libye (1919-1943)*, Thèse, Droit, Aix-en-Provence, 2005-2006.
- RIVET D.**, *Lyautey et l'institution du protectorat français au Maroc 1912-1925*, Paris, Harmattan, 1996.
- *Le Maroc de Lyautey à Mohammed V. Le double visage du protectorat*, Paris, Denoël, 1999.
- *Le Maghreb à l'épreuve de la colonisation*, Paris, Hachette, 2002.
- *Histoire du Maroc de Moulay Idriss à Mohamed VI*, Saint Amand-Montrond, fayard, 2012.
- SALMI S.**, *Le mariage musulman et le mariage juif au Maroc entre tradition et modernisation : Approche sociologique et juridique*, Thèse, Droit, Paris, 2012.
- SAMBRON D.**, *Les femmes algériennes pendant la colonisation*, Alger, Casbah éditions, 2013.

- STIGALL** Dan E. *The Santillana Codes: The Civil Codes of Tunisia, Morocco, and Mauritania*. Lanham, MD: Lexington Books, 2017.
- TAÏEB J.**, *Etre juif au Maghreb à la veille de la colonisation*, Paris, Albin Michel, 1994.
- ZAFRANI H.**, *La vie intellectuelle juive de la fin du 15^e siècle au début du 20^e siècle*, Thèse, Lettres, Paris, 1970.
- *Deux mille ans de vie juive au Maroc*, Paris, Maisonneuve, 1998.
- *Les juifs d'Andalousie et du Maghreb*, Paris, Maisonneuve et Larose, 2002.
- ZOUGKAGHI A.**, *Le mariage selon la forme actuelle du code de statut personnel*, Rabat, Dar Salam, 1995.
- ZRYOUIL F-Z.** et **ROUSSILLON A.**, *Etre femme en Égypte, au Maroc et en Jordanie*, La Courneuve, Aux lieux d'être édition, 2006.
- WAKKACH N.**, *Les compétences de la cour suprême du Maroc*, Thèse, droit, Metz, 1997.

B) ARTICLES

- ARTICLES EN ARABE

- ALKHAMLICHI A.**, « Manhajiyat alijtihad fi alislam (Méthodologie de l'Ijtihad en Islam) », dans *Questions féminines et rôle de l'Ijtihad en Islam*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Joussour, Ed. Obvision, 2000, p. 97-108.
- BAHLOUL R.**, « Alijtihad : fi sabil fikr niswi islami (L'Ijtihad : vers un féminisme musulman) », dans *Questions féminines et rôle de l'Ijtihad en Islam*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Joussour, Ed. Obvision, 2000, p. 109-123.
- BELAID BEN HAMIDA W.**, « Makaanat alijtihad fi tatawor kawanin alosra (Place de l'Ijtihad dans l'évolution des lois familiales) », dans *Questions féminines et rôle de l'Ijtihad en Islam*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Joussour, Ed. Obvision, 2000, p.137-141.
- BENABDALAOUI M.**, « Annas dini wakariouh (Le texte canonique et son lecteur) », dans *Questions féminines et rôle de l'Ijtihad en Islam*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Joussour, Ed. Obvision, 2000, p. 52-57.
- CHERIF FERJENI M.**, « Achariaa bayn alkiraat asalafiya wamohawalat tajdid (La charia entre les lectures salafistes et les tentatives de réforme) », dans *Questions féminines et rôle de l'Ijtihad en Islam*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Joussour, Ed. Obvision, 2000, p. 79-94.

ELFAKHOURI I., « Tadoud zawjat bayna nas alkanouni wa alamal alkadaey (La polygamie entre le droit positif et la jurisprudence) », Téléchargeable sur Marocdroit.com.
-« dawr Niyaba alama fi almada alosariya (Le rôle du ministère public en matière familiale) », cieersjo.com/2017/06/29/

ARTICLES EN FRANÇAIS

- ABDOUMALEK M.**, « Les enjeux sociologiques du code de la famille », dans Jaouhar M. (dir.), *La famille marocaine entre le fiqh malékite et le droit positif*, *Revue marocaine de droit et d'économie du développement*, n° 50, 2004. p. 23- 29.
- AGERON C-R.**, « La politique berbère du protectorat marocain de 1913 à 1934 », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, 18-1, 1971, p. 50-90.
- « Du mythe kabyle aux politiques berbères », Cahiers Jussieu, *Le mal de voir*, 1976, p. 331 et s.
- « Les juifs d'Algérie. De l'abrogation du décret Crémieux à son rétablissement », *YOD*, n 15-16, 1982, p. 145 et s.
- AL-AHNAF M.**, « Maroc, Le code de statut personnel », *Maghreb-Machrek*, 145, juillet-septembre 1994, p. 3-26.
- ALAMI MCHICHI H.**, « Femmes, modernité et modernisation au Maroc : l'État gestionnaire des relations de genre », dans *Le Féminisme face aux défis du Multiculturalisme*, Actes des Travaux du 5^{ème} congrès des Recherches féministes dans la francophonie plurielle (Rabat les 21-25 Octobre 2008), Rabat, mai 2010, p.401-415.
- BENCHEIKH G** « La laïcité au regard du coran », *Presses de la renaissance*, 2005, p. 187 et s.
- BENDDADA A.** « l'enseignement de la femme à l'époque coloniale : intégration ou exclusion ? » *Histoire des femmes au Maghreb ; réponses à l'exclusion*, Actes du colloque de Kénitra 4-5-6 décembre 1997, p. 197-204.
- BENNANI F.**, « La condition de la femme au Maroc », dans *Droits de citoyenneté des femmes au Maghreb : la condition socio-économique et juridique des femmes*, Casablanca, Le fennec, 1997, p. 145-173.
- BENRADI M.**, « La femme marocaine et la Moudawana, tutelle et divorce », Table ronde organisé par TANIT, Université Moulay Ismaïl, Meknès, 1993. p. 27-31.
- « Le code de la famille, 'La moudawana' », *Bulletin économique et social du Maroc, Rapport du social*, Editions OKAD, 2003, p. 67-79.

- « Genre et droit de la famille : les droits des femmes dans la Moudawana: de la révision de 1993 à la réforme de 2003 », dans Saadi M-S. (dir.), *Féminin-masculin: la marche vers l'égalité au Maroc 1993-2003*, Friedrich Ebert Stiftung, 2004, p. 17-90.
- BERNARD-MAUGIRON N.**, « Les femmes et la rupture du mariage en Égypte », dans *les femmes, le droit et la justice, Cahiers d'Études africaines*, 187-188, 2007, p. 711-731.
- BLEVIS L.**, « Quelle citoyenneté pour les Algériens ? », dans *Histoire de l'Algérie à la période coloniale (1830-1962)*, Paris, La découverte, 2014, p. 352-358.
- BORRMANS M.**, « Codes de statut personnel et évolution sociale en certains pays musulmans », *IBLA*, 1963, n° 103, p. 205-260.
- « La famille et le droit positif maghrébin », *RA*, 1974, p. 29 et s.
- « L'évolution des mentalités avant la Moudawana », *Prologues, La réforme du droit de la famille : 50 années de débats*, Hors-série n° 2, 2002, p. 9-13.
- BOUABID A., CHAFI M., TOUTA H.**, « La lecture des jugements », dans ELHAJJAMI A (dir.), *Code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire*, Marrakech, Service de coopération et d'action culturelle, Ambassade de France au Maroc, 2009, p.
- BOUDERBALA N.**, « Aspects de l'idéologie juridique coloniale », *Revue juridique, politique et économique du Maroc*, 04 juin 1978, p. 95 et s.
- BOUKAISSI F-Z.**, « Du déroulement des audiences à la section de la justice de la famille près les tribunaux de première instance de Rabat », dans ALAMI M'CHICHI H., MOUAQIT M., BENRADI M., OUNNIR A., ZEIDGUY R., *Le droit de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Fondation Friedrich Ebert, 2007, p. 189-216.
- BRAS J.-P.**, « La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : Quelles avancées pour la démocratie ? », *Revue critique internationale*, n° 37, avril 2007, p. 93-125.
- BROUKSY O.**, « Le processus d'adoption de la Moudawana entre la prééminence du roi et la lassitude du parlement », dans *annuaire de l'Afrique du nord*, tome XLI, CNRS éditions, 2003, p. 235-242.
- CHIKHAOUI N.**, « L'émergence de l'individualité féminine face à la minorité civile : révision de la tutelle », dans *Questions féminines et rôle de l'Ijtihad en Islam*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Joussour, Ed. Obvision, 2000, p. 32-51.
- DAOUD Z.**, « Le plan d'intégration de la femme. Une affaire révélatrice, un débat virtuel », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, XXXVIII, 1999, p. 245-257.
- DEPERCHIN A.**, « Droit et politique dans la construction du discours sur le Protectorat français en Tunisie » dans *Les discours sur le droit et la justice au Maghreb pendant la période coloniale (XIX-XX s.)*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2011, p. 61-72.

- DEPERCHIN A.** et **LEKÉAL F.**, « Le protectorat, alternative à la colonie ou modalité de colonisation ? Pistes de recherche pour l'histoire du droit », RENUCCI F. (dir.), *Les chantiers de l'histoire du droit colonial*, *Clio@Thémis*, n° 4, 2011.
- DEPREZ J.**, « Mariage mixte, Islam et Nation », *RA*, 1975, p. 97 et s.
- « La réforme de l'organisation judiciaire et de la procédure au Maroc (dahirs du 15 juillet et 28 septembre 1974) et le droit international privé », *RJPEM*, n° 3, décembre 1977.
- DIALMY A.**, « Pour de nouvelles règles de l'*Ijtihad* : vers un *Ijtihad* féministe », dans *Questions féminines et rôle de l'Ijtihad en Islam*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Jussour, Ed. Obvion, 2000, p. 124-126.
- « Du Féminisme islamique », dans *Le Féminisme face aux défis du Multiculturalisme*, Actes des Travaux du 5^e congrès des Recherches féministes dans la francophonie plurielle (Rabat les 21-25 Octobre 2008), Rabat, mai 2010, p. 73-78.
- DURAND B.**, « Originalité et exemplarité de la justice en Algérie (de la conquête à la Seconde Guerre mondiale) », *Histoire de la justice*, n° 16, 2005/1, p. 45-74.
- EL AOUNI A.**, « Complexité du droit et décision du juge », *Revue marocaine de droit, d'économie et de gestion*, n° 51, 2005, p. 7-29.
- EL BOUHSINI L.**, « Le féminisme au Maroc : histoire d'une évolution difficile », dans *Le Féminisme face aux défis du Multiculturalisme*, Actes des Travaux du 5^e congrès des Recherches féministes dans la francophonie plurielle (Rabat les 21-25 Octobre 2008), Rabat, mai 2010, p. 43-59.
- EL HAJJAMI A.**, « Problématique de la réforme de statut juridique de la femme au Maroc entre référentiel et procédure », *Revue de droit et d'économie*, Faculté de droit de Fès, n°19, 2002, pp. 33 et s.
- « L'option de l'ijtihad dans la réforme de la condition juridique de la femme au Maroc », dans *Les femmes entre violences et stratégies de liberté Maghreb et Europe du sud*, Saint Denis, édition Bouchaine, 2004.
- « Le juge et le nouveau Code de la Famille : Système socio-culturel et perceptions », dans *Le Code de la Famille à l'épreuve de la pratique judiciaire*, Marrakech, Service de coopération et d'action culturelle, Ambassade de France au Maroc, 2009, p. 23-66.
- FILALI A.**, « Le juge marocain dans l'organisation judiciaire », *RMD*, 1962.
- FOBLETS M-C.** et **LOUKILI M.**, « Mariage et divorce dans le nouveau Code marocaine de la famille : Quelles implications pour les marocains en Europe ? », *Revue critique de droit international privé*, 2006, p. 521 et s.

- KHAISSIDI T.**, « Le statut de la femme. Le renforcement des pouvoirs juridiques de la femme au Maroc », *Revue franco maghrébine de droit*, n° 12, 2004, p. 343-379.
- LAGHMANI S.**, « Les écoles juridiques du sunnisme », *Pouvoirs*, n° 104, 2003, p. 21-31.
- LINANT DE BILFONDS Y.**, « La répudiation dans l’Islam d’aujourd’hui », *RIDC*, 1962, n° 3, p. 521-548.
- LISSER B.**, « Mise en œuvre du code de la famille. Bilan et perspectives », *Revue justice de la famille*, Ministère de la justice, Rabat, n° 3, 2006, p. 17 et s.
- LUCCIONI J.**, « De Lyautey à Steeg : un témoignage », *Revue d’occident musulman et de la méditerranée*, 36, n° 1, 1983, p. 65-73.
- MAHE A.**, « Entre les mœurs et le droit : Les coutumes. Remarques introductives à la *La Kabylie et les coutumes kabyles* de Hanoteau et Letourneux (1873) », dans *la Kabylie et les coutumes kabyles*, Saint-Denis, Edition Bouchène, 2003, p. I- XXX.
- MELLAKH K.**, « De la Moudawwana au nouveau code de la famille au Maroc : une réforme à l’épreuve des connaissances et perceptions ‘ordinaires’ », *L’Année du Maghreb*, Paris, CNRS Editions, 2006, p.35-55.
- MONQID S.**, « Mouvements féminins et féministes en Égypte : rétrospective et histoire d’une évolution (fin XIX^{ème} siècle à nos jours) », *Revue algérienne d’anthropologie et de sciences sociales*, n° 74, 2016, p. 49-73.
- MOUAQIT M.**, « L’Ijtihad peut-il libérer la femme musulmane ? » dans *Question féminine et rôle de l’Ijtihad*, Rabat, Forum des femmes marocaines, Joussour, Ed. Obvision, 2000, p. 58-66.
- « Disposition culturelle/axiologique du juge et interprétation du nouveau code de la famille », dans *Le droit de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Fondation Friedrich Ebert, 2007, p. 141 et s.
- MOULAY RCHID A.**, « le droit de la famille entre la politique et l’État et le changement social », *droit et environnement social au Maghreb*, 1989, p. 240 et s.
- « Les limites de la fidélité à la tradition », Prologues, *La réforme du code de la famille : 50 années de débats*, Hors-série, n°2, 2002, p. 53-64.
- MURGUE B.**, « La Moudawana, les dessous d’une réforme sans précédent », dans *Les Cahiers de l’Orient*, février 2011, n° 102, p. 15-29.
- NACIRI R.**, « Le mouvement des femmes au Maroc », in *Nouvelles Questions Féministes*, février 2014, volume 33, p. 43-64.
- NADIFI R.**, « La femme marocaine et la Moudawana, tutelle et divorce », *Table ronde organisé par TANIT*, Université Moulay Ismail, Meknès, 1993, p.

- NAHAS M.**, « La dissolution du mariage par la volonté unilatérale de l'un des époux en droit musulman et en droit algérien », *Revue internationale de droit comparé*, 1-2006, p. 82 et s.
- N'DIAYE M.**, « La démocratie au service des droits des femmes : approche critique, Le cas des débats marocains et sénégalais sur le statut des femmes dans le droit de la famille », dans *Le Féminisme face aux défis du Multiculturalisme*, Actes des Travaux du 5^e congrès des Recherches féministes dans la francophonie plurielle (Rabat les 21-25 Octobre 2008), Rabat, mai 2010, p. 356-386.
- OUNNIR A.**, « Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux », dans *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Fondation Friedrich Ebert, 2007, p. 89-140.
- RAMIREZ A.**, « Paradoxes et consensus : le long processus de changement de la Moudawwana au Maroc », *L'Année du Maghreb*, II, Paris, CNRS Editions, 2006, p.13-24.
- RENUCCI F.**, « Confrontation entre droit français et droit indigène, le cas des mariages mixtes en Afrique du Nord (1870-1819) », *CAHDOMF*, n° 1, 2002, p. 147 et s.
- « La doctrine coloniale en République. L'exemple de deux jurisconsultes algériens : Marcel Morand et Emile Larcher », *La République et son droit (1870-1930)*, Besançon, Presses Universitaires du Franche Comté, 2010, p. 461-478.
 - « Les solutions aux conflits en matière de divorce religieux du XIX^e siècle à nos jours. Le cas de refus de délivrance du gueth en droit interne », dans DAUCHY S., et DEMARS-SION V., (dir.), actes de la journée d'étude sur « *La résolution des conflits familiaux* » (Lille, mai 2007), Lille, chj éditions électronique, 2011, p. 41-51.
 - « Le débat sur le statut politique des israélites en Algérie et ses acteurs (1870-1943) », *Contributions du séminaire sur les administrations coloniales (2009-2010)*, 2010, France. IHTP, 2011, p. 31-49.
 - « David Santillana, acteur et penseur des droits musulman et européen », *Faiseurs de droits, les juristes internationalistes, une approche globale, Revue Monde(s), histoire, espace, relations*, numéro dirigé par KEVONIAN D. et RYGIEL P., mai 2015, p. 25- 44
 - « Les magistrats dans les colonies : un autre apprentissage des normes juridiques ? », *Les Cahiers de la justice*, Dalloz, 2016, *La crise des institutions de l'oubli*, 4, p. 689-697.
- RIVET D.**, « Quelques propos sur la politique musulmane de Lyautey au Maroc (1912-1925) », dans LUIZARD P., *Le choc colonial et l'islam*, La Découverte « TAP/HIST Contemporaine », 2006, p. 255-270.
- ROUSSILLON A.**, « Réformer la Moudawwana : statuts et conditions des Marocaines », *Maghreb-Machrek*, n° 179, 2004, p.79-99.

- RUDE-ANTOINE E.**, « Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », *Droit et culture*, n° 59, janvier 2010, p. 43-57.
- SAADI S.**, « L'expérience marocaine d'intégration de la femme au développement », Téléchargeable sur codesria.org
- SAREHANE F.**, « Le nouveau code marocain de la famille », *Gazette de Palais*, 3-4 septembre 2004, p. 2790 et s.
- « Les relations patrimoniales de la famille dans le nouveau code », *Revue marocaine de droit et d'économie du développement*, faculté de droit de Casablanca, n° 50-2004, p. 49 et s.
- VARRO G.**, « Les « couples mixtes » à travers le temps : vers une épistémologie de la mixité », *Enfances, Familles, Générations*, n° 17, 2012, p. 21-40.
- ZAYANI A.**, « Discours scientifiques du protectorat et conception de la justice en milieu berbère marocain », dans *Les discours sur le droit et la justice au Maghreb pendant la période coloniale (XIX-XX s.)*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2011, p. 153-168.
- ZEIDGUY R.**, « Analyse de la jurisprudence », dans ALAMI M'CHICHI H., MOUAQIT M., BENRADI M., BOUKAISSI F-Z., OUNNIR A., *Le code de la famille. Perception et pratiques judiciaires*, publié par la fondation Freidrich Ebert, janvier 2007, p. 217-272.

III. LA JURISPRUDENCE

-La période coloniale

- MILLIOT L.**, *Recueil de jurisprudence chérifienne, Tribunal du ministre chérifien de la justice et Conseil supérieur d'Ouléma (Medjlès al-Istinaf)*, 3 vol., Paris, Ernest Leroux, 1919, 1920 et 1924.
- LAPANNE-JOINVILLE J.**, *Recueil de jurisprudence chérifienne, tribunal d'Appel du Chraa*, Paris, Recueil Sirey, Tome IV, 1952.
- Revue algérienne, tunisienne et marocaine de la législation et de la jurisprudence de 1913 à 1962. Publiée par l'université d'Alger. <http://gallica.bnf.fr> et <http://biblio.univ-alger.dz>
- Revue marocaine de législation, doctrine, jurisprudence chérifienne : Droit musulman, coutumes berbères, lois israélites, de 1935 à 1939. Publiée par la bibliothèque nationale du Maroc. bnrm.ma
- Revue Marocaine du Droit de 1948 à 1966.

- Cour Suprême, *Alahkam sadira an majlis alistinaf chrai alala*, (*Les décisions de la cour d'appel de chraa*) Rabat, Centre d'édition et de publication judiciaire, 9 tomes, édités entre 2009 et 2012.

-La période postindépendance

ELFAKHOURI I., *Alamal alkadaey alosari : tatlik lichikak (La justice familiale)*, tome I et II, 2009.

- *Kadaya alosra fi dil alamal alkadaey (La pratique judiciaire en matière familiale)*, Dar alafak almaghribiya, 2013.

TAWFIK A., *Kadae mahkamat nakd fi moudawanat alosra (L'application du code de la famille par la Cour de cassation)*, Rabat, Première édition, 2013.

- *Almontaka min amal alkadae fi tatbik Moudawanat Alosra (Quelques décisions judiciaires en matière familiale)*, Rabat, L'association de la diffusion de l'information juridique et judiciaire, 2010.

- *Gazette des tribunaux du Maroc.*

- *Justice de la Famille*, Revue spécialisée, Rabat, publiée par le ministère de la Justice du Royaume du Maroc.

- *Kadae almajlis alala (Décisions de la cour suprême).*

- *Kadae mahkamat alistinaf arribat (Décisions de la cour d'appel de Rabat).*

- *Almajala almaghribia lidirasat alkanouniya walkadaeya (La revue marocaine des études juridiques et judiciaires).*

- www.jurisprudence.ma

Lexique

ADOUL : Notaires (et auxiliaires de justice) habilités juridiquement à officialiser tout type de contrat et particulièrement les mariages, les divorces, les actes en lien avec la filiation, l'héritage (...) et à rédiger toutes sortes d'actes civils ou commerciaux.

AMIR AL MOUMININE : Commandeur suprême des croyants : leur leader et symbole de leur unité, garant de leur quiétude et sérénité et défenseur des frontières. Ce titre au Maroc est intrinsèque au mode de règne, le Roi est en effet Amir Al Mouminine.

CADI : Juge, personne chargée de trancher les litiges.

CHARIA : L'ensemble de règles de conduites applicables aux musulmans. Ses principales sources sont le Coran et la Sunna.

DAHIR : Acte royal par lequel le souverain donne force obligatoire à une loi ou à une décision. Il peut avoir un contenu législatif ou réglementaire. Terme original du droit marocain, il a été utilisé depuis la dynastie des Mérinides (1215-1465) et maintenu par les Saadiens (1511-1660) et après, par la Alaouites (au pouvoir depuis 1666).

DJEBR : Contrainte : le fait de forcer une personne à effectuer un acte contre son gré. En matière familiale, le rite malékite a reconnu au tuteur le droit de contraindre la fille sous sa tutelle à se marier.

FATWA : avis juridique donné par un savant religieux (Mufti, Alim ou Fakih) sur une question particulière.

FOUKAHAS : Pluriel de *fakih*. Erudit en *fikh* : jurisconsulte, expert en sciences religieuses.

HADANA : le fait de garder enfant en assurant tous ses besoins d'ordres affectueux, matériels, moraux, physiques, et psychiques.

IJMAA : Unanimité, accord, unité et harmonie entre les différentes opinions des oulémas sur une question particulière sans contestation d'une partie ou d'une autre. Il s'agit plutôt du consensus.

IJTIHAD : Effort de réflexion et de recherche du bon jugement, rationnel, fondé sur le Coran et la sunna. Cet effort intellectuel est l'œuvre des jurisconsultes.

IMAM : 1- Prêcheurs, personne qui préside les prières et oriente les faits et la conduite des musulmans, lors de la prière du vendredi et autres ...2- Imam a aussi le sens de leader, fondateur : Imam d'un rite (Malek est Imam du rite malékite).

KAFALA : la kafala dérive du verbe kafala et signifie avaliser garantir cautionner et parrainer. En matière familiale, le terme kafala est utilisé dans le sens de parrainer et prendre en charge un enfant qui n'est pas le nôtre.

KAFIL : Personne qui prend en charge l'enfant makfoule au titre de la kafala.

KHOL : Acte par lequel la femme offre à son mari une somme d'argent, un bien quelconque ou renonce simplement à l'un de ses droits pour qu'il la répudie.

LAFIF : Acte de témoignage par lequel 12 personnes prêtent serment et témoignent, soit devant les adouls, soit devant le tribunal, que, à leur su et à leur vue, telle ou telle chose s'est produite.

MOUDAWANA : dérive du verbe : Dawwana rassembler, compiler, codifier, mettre dans un code. Moudawana: code, corpus, recueil ou livret dans lequel sont assemblées (codifiées) les règles qui gouvernent un domaine quelconque. C'est donc le corpus où sont compilées les règles juridiques. Au Maroc, l'utilisation du terme Moudawana sans aucun qualificatif, renvoie systématiquement au code de la famille. C'est le CF de 2004 qui a consacré cet usage, en précisant dans son 1^{er} article que ce code porte le nom de code de la famille, tout en précisant qu'il sera exprimé tout au long des articles le constituant par « Moudawana ».

MOUT'A : Don de consolation, indemnité, faisant partie des droits dus à la femme lors du divorce. Ce droit est évalué par le juge en fonction de plusieurs critères, à savoir : le degré d'abus avéré dans le recours de l'époux au divorce, ses revenus, la situation de l'épouse, le dommage subi par elle ...

NAFAKA : est l'obligation d'entretien. En droit musulman, le mari est obligé d'entretenir sa femme. Cet entretien doit lui permettre, selon son rang, de vivre décemment : nourriture, habillement, logement, domesticité, soins médicaux...

NOUCHOUZ : Sous le nom de « Nouchouz » les jurisconsultes malékites englobent trois sortes de rébellion de la femme contre son mari : le refus d'entretenir des relations sexuelles, le refus de se laisser caresser ou l'abandon du domicile conjugal sans autorisation de celui-ci.

ORF : La coutume et chez les berbères on l'appelle *Izref*.

OULEMAS : Alime ou Alème (Sing), Oulémas (Plur) : jurisconsulte, titre suprême du juriste et théologien en droit musulman.

SADAK : Nous employons tout au long de notre travail de thèse, le terme de *sadak* au lieu de dot, puisqu'en droit français la dot est le bien que la femme apporte à son mari pour l'aider dans les charges du mariage, tandis qu'en droit musulman le *sadak* est fourni par le mari à la femme. Il est en outre un élément constitutif de la validité du mariage chez les malékites.

SOURATE : Chapitre du Coran. Le Coran est composé de 114 sourates dont chacune a un titre. Les sourates sont divisées en versets.

TOLBAS : Pluriel de taleb, c'est un lettré en sciences de la religion.

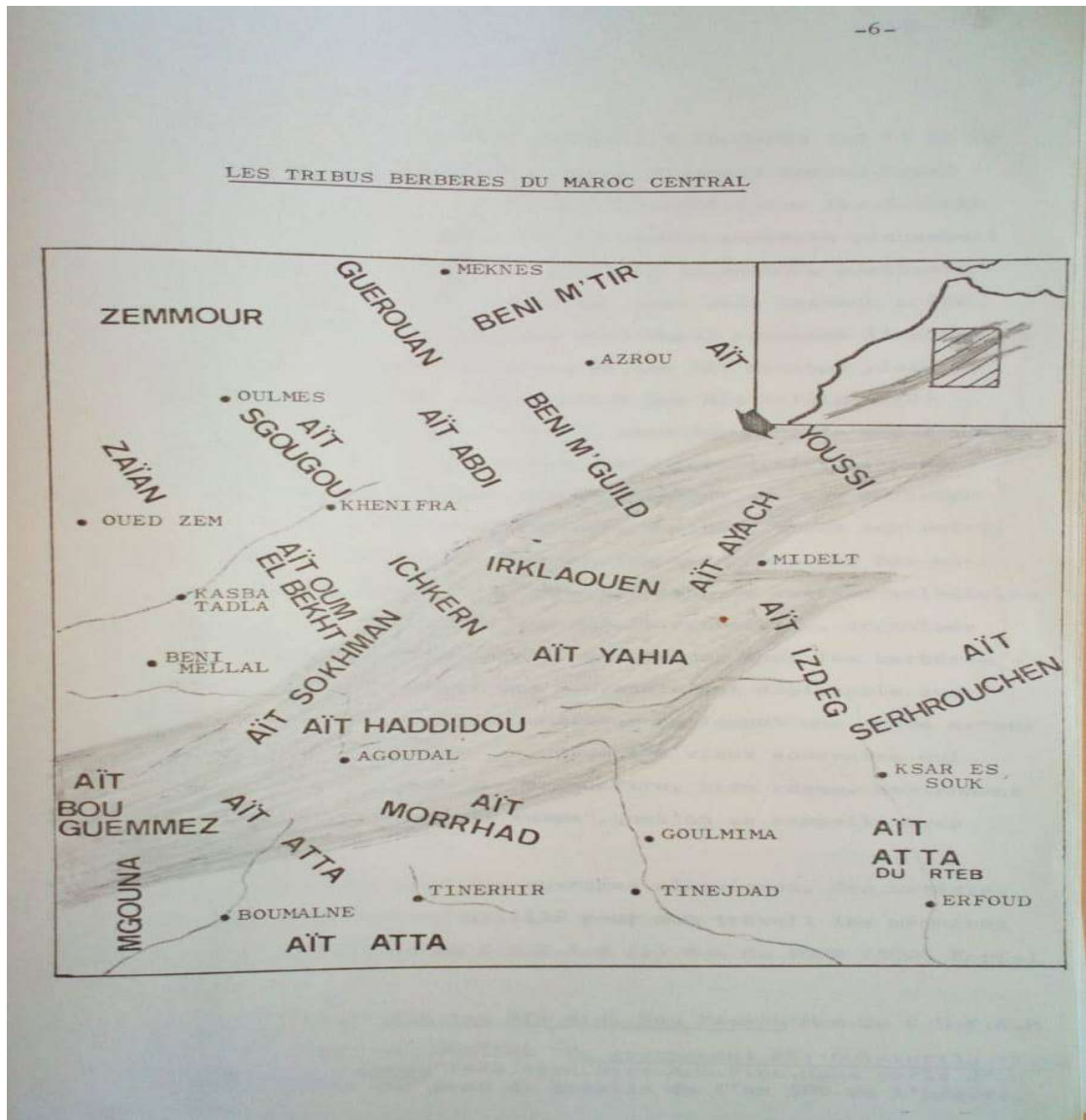
ZAOUIA : C'est un édifice religieux musulman. C'est aussi la confrérie et toute la communauté qui se structure autour de ce centre spirituel et social.

ZIHAR : Ou le serment du dos, dans lequel l'époux traite son épouse de sa propre mère et elle devient donc prohibée, comme si elle était effectivement sa mère réelle. Le Coran en fait état

tout en conviant les musulmans à couper avec ces coutumes humiliantes, sous peine de sanctions.

WILAYA : est la tutelle. Elle se rapporte à tout ce qui a trait à l'administration des biens de l'enfant mineur, à sa protection ainsi qu'à son éducation. Chez les malékite la femme doit obligatoirement avoir un tuteur (wali) au moment de la conclusion du mariage.

Annexe 1: les tribus berbères du Maroc central



BERTRAND A., *La famille berbère au Maroc central : une introduction aux droits coutumiers nord-africains*, Thèse, Sociologie, Paris, 1977, p. 6.

Annexe 2: le nombre des mariages mixtes durant l'année 1945.

| Mariages mixtes | 1945 | | | | | | | Total général | Total ville de Casabl |
|--|-----------|----------------------|-----------|----------------|------------|-----------|-------------|------------------|-----------------------------|
| | A- ga- | Casa- blan- ca | Fès | Marra- kech | Guj- da | Rabat | Mek- nès | | |
| - Marocaines-Musulmanes et Français | 1 | 18 | 4 | 1 | - | 2 | 1 | 27 | 10 |
| - Marocaines Israélites et Français | 1 | 35 | 7 | 7 | 8 | 8 | 6 | 72 | 19 |
| - Marocains-Musulmans et Françaises | - | 2 | - | 1 | - | - | - | 3 | 5 |
| - Marocains-Israélites et Françaises | - | 17 | - | 1 | 10 | 6 | - | 34 | 19 |
| - Marocaines Musulmanes et sujets ou Protégés Français (1) | - | (| - | - | - | - | - | - | - |
| - Marocaines Israélites et sujets ou Protégés Français (1) | - | 3 | - | 2 | - | - | - | 5 | - |
| - Marocains Musulmans et sujettes ou Protégés françaises (1) | 1 | - | - | - | - | - | - | 1 | - |
| - Marocains Israélites et sujettes ou Protégés françaises (1) | - | 1 | - | 1 | - | - | - | 2 | - |
| - Marocains Musulmans et étrangères | - | - | - | - | - | 1 | - | 2 | 1 |
| - Marocaines Musulmanes à Etrangers | 2 | 2 | 1 | 2 | - | 1 | - | 8 | 1 |
| - Marocains Israélites et Etrangers | - | 7 | 3 | 1 | - | - | 1 | 12 | 7 |
| - Marocaines Israélites et Etrangers | 2 | 52 | 1 | 2 | - | 3 | - | 60 | 44 |
| Total | 7 | 137 | 15 | 18 | 18 | 21 | 8 | 226 | 106 |

(1) - autres que les marocains ..

LEGENDRE L., *Quelques aspects du problème des mariages mixtes au Maroc*, Thèse, Droit, Paris, 1950, p. 95.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENT.....3
SOMMAIRE.....5
INTRODUCTION..... 7

| | |
|---|----|
| PREMIERE PARTIE -LA CONDITION JURIDIQUE DE LA FEMME MAROCAINE PENDANT LA PERIODE COLONIALE : LE STATUT QUO | 27 |
| CHAPITRE PRELIMINAIRE - L'ORGANISATION DE LA JUSTICE AU MAROC SOUS LE PROTECTORAT | 29 |
| <i>Section I : La réforme de l'organisation judiciaire préexistante</i> | 30 |
| §1- La justice du droit commun : La coexistence de deux ordres juridiques..... | 30 |
| A. La justice religieuse « Chra'a » | 31 |
| 1. L'origine de la justice de <i>Chra'a</i> | 31 |
| 2. Une réorganisation de forme | 33 |
| a. La réglementation du statut des cadis | 34 |
| b. La restriction du domaine du <i>cadi</i> | 35 |
| c. Le contrôle de la justice de <i>chra'a</i> | 36 |
| B. La justice séculière « Makhzen » | 38 |
| 1. L'historique du Makhzen:..... | 40 |
| 2. La justice <i>Makhzen</i> : grande réforme et refonte | 41 |
| §2. La justice d'exception; la justice berbère et la justice rabbinique..... | 44 |
| A. La justice berbère : des tentatives de réforme non abouties..... | 45 |
| 1. L'exception de la coutume berbère sous le protectorat..... | 45 |
| 2. La réforme de la justice coutumière et ses étapes | 48 |
| a. La réforme par mesures administratives : 1915-1924..... | 48 |
| b. Le dahir de 1930 et ses répercussions | 50 |
| B. La justice Rabbinique : l'obsession de la stabilité jurisprudentielle | 53 |
| 1. La justice israélite à la veille du Protectorat..... | 53 |
| 2. Les réformes entamées par la France | 54 |
| Section II. Créer et faire fonctionner un système judiciaire présenté comme « moderne » | 56 |
| §1. L'institution de la justice française au Maroc | 58 |
| A. Du régime des capitulations..... | 58 |
| B. ...à sa substitution par un système judiciaire unique | 59 |
| §2- Le partage des compétences et le règlement des conflits de juridictions | 61 |
| A. Le principe de répartition des compétences judiciaires au Maroc et ses exceptions | 61 |
| B. Le règlement de conflits de compétences par les juridictions françaises..... | 63 |
| Conclusion..... | 65 |
| TITRE I – NATURE ET RESPECT DES DROITS LOCAUX APPLICABLES EN MATIERE DES STATUTS PERSONNELS..... | 67 |

| | |
|---|----|
| CHAPITRE I - PANORAMA DES DROITS LOCAUX (droit musulman, coutumes berbères, droit hébraïque)..... | 69 |
| Section 1- Le Dogme malékite, « Droit commun » applicable au Maroc | 69 |
| §1- Le droit malékite: prépondérance de la coutume | 70 |
| A. Le malékisme et sa consolidation au Maghreb..... | 71 |
| 1- L'avènement de l'école malékite | 71 |
| 2- Les facteurs explicatifs de la consolidation du malékisme au Maghreb..... | 72 |
| 3- De quelques prometteurs du malékisme en occident musulman et leurs œuvres | 73 |
| B. La coutume: source substantielle du dogme malékite | 74 |
| C. L' <i>amal</i> (pratique des prétoires) : cadre pour l'application de la coutume au Maroc..... | 75 |
| §2- Le droit du statut personnel malékite: Un ensemble de règles contraignantes.. | 77 |
| A. La formation du lien conjugal | 77 |
| 1. les éléments essentiels à la formation du mariage | 77 |
| a. L'échange de consentement et la tutelle matrimoniale..... | 78 |
| b. Le <i>sadak</i> et l'absence d'empêchements au mariage | 80 |
| 2. Les effets du mariage | 82 |
| B. La dissolution du lien conjugal par le divorce..... | 84 |
| 1. Les formes du divorce..... | 84 |
| a. La dissolution extrajudiciaire du mariage | 85 |
| b. La dissolution judiciaire du mariage | 86 |
| 2. Les effets du divorce | 88 |
| a. Les effets du divorce sur la femme | 88 |
| b. Les effets du divorce sur les enfants. | 89 |
| Section II. La spécificité des populations berbères et israélites | 90 |
| §1- Les coutumes berbères en matière du droit de la famille | 91 |
| A. Le droit coutumier berbère : Formation et rapport avec le <i>chra'a</i> | 91 |
| 1. La formation du droit coutumier berbère..... | 92 |
| 2. Les rapports de la coutume à <i>chra'a</i> | 93 |
| B. La fluctuation de la situation de la femme berbère selon les tribus | 95 |
| 1. La femme berbère au Maroc central | 96 |
| a. Un statut inférieur..... | 96 |

| | | |
|--|---|-------|
| b. | ...tempéré par quelques institutions favorables à la femme | 100 |
| 2. | La femme berbère dans le pays Shlouh | 102 |
| §2- | Le droit de la famille israélite: droit d'essence religieuse avec subsistance des coutumes locales..... | 104 |
| A. | Le régime rabbinique traditionnel | 105 |
| 1. | Les sources des règles juridiques en matière familiale..... | 106 |
| 2. | Le mariage et le divorce en droit hébraïque..... | 107 |
| B. | Les innovations du régime matrimonial castillan..... | 110 |
| 1. | La communauté légale | 110 |
| 2. | La restriction de la polygamie..... | 111 |
| CHAPITRE II- UNE VOLONTE DE REFORME TARDIVE DES STATUTS PERSONNELS ?..... 113 | | |
| Section 1- Entre interventionnisme et respect du droit de statut personnel au Maghreb 113 | | |
| §1- | Les tentatives de réforme du droit de statut personnel en Algérie | 115 |
| A. | La politique d'assimilation des juifs et des kabyles..... | 115 |
| 1. | La perte de leur statut personnel pour les Israélites..... | 116 |
| 2. | L'aménagement du statut personnel kabyle : une amélioration nette de la condition féminine..... | 118 |
| a. | Bref aperçu sur la situation de la femme en Kabylie | 119 |
| b. | La réforme du statut personnel de la femme kabyle | 12020 |
| B. | L'intervention française visant la protection de la femme musulmane | 122 |
| 1. | Le Code Morand: tentative d'uniformisation du droit non aboutie..... | 123 |
| a. | L'élaboration du Code Morand | 124 |
| b. | Les innovations apportées en matière du droit de statut personnel..... | 125 |
| 2. | Les textes législatifs et réglementaires effectivement appliqués | 126 |
| a. | L'amélioration du régime de déclaration des actes de mariage et de répudiation..... | 126 |
| a.1 | La loi du 2 avril 1930..... | 127 |
| a.2 | La loi du 11 juillet 1957..... | 127 |
| b. | Le mariage et le divorce dans l'ordonnance de 1959..... | 128 |
| §2. | Le respect réel du droit de statut personnel en Tunisie..... | 131 |
| A. | Les débats autour de l'éventuelle évolution du droit familial | 132 |
| B. | Les initiatives du gouvernement Tunisien | 135 |
| Section 2 – Existe-t-il une spécificité marocaine ? | | |
| | | 137 |

| | |
|--|-----|
| §1- Une perception différenciée des femmes autochtones | 138 |
| A. La politique musulmane de Lyautey (1912-1925)..... | 138 |
| B. Le féminisme colonial : berbériste, anti-arabe et anti-islamique..... | 139 |
| §2. L'apport inabouti du mouvement national en matière des droits des femmes. | 142 |
| A. L'émergence d'un féminisme « musulman »..... | 142 |
| B. Les projets de réforme d'Allal El Fassi sur le statut de la femme..... | 144 |
| Conclusion :..... | 147 |
| Titre II- UNE PRATIQUE JUDICIAIRE EN ACCORD AVEC LES OBJECTIFS COLONIAUX ?..... | 149 |
| CHAPITRE I – LES JURIDICTIONS INDIGENES ET L'APPLICATION DES REGLES DU STATUT PERSONNEL..... | 151 |
| Section 1- Le Tribunal d'Appel de Chraa : l'effort d'unification du droit | 152 |
| §1- Le mariage : la preuve testimoniale et l'entretien de la femme en état de rébellion | 153 |
| A. la preuve testimoniale du mariage : l'exigence d'un formalisme rigoureux | 155 |
| B. L'entretien de la femme en état de « Nouchouz » | 160 |
| 1. La notion de « Nouchouz » dans le rite malékite..... | 160 |
| 2. La stricte application des conditions de <i>Nouchouz</i> par le TACH..... | 161 |
| §2. La dissolution du mariage..... | 163 |
| A. La preuve testimoniale de la répudiation..... | 163 |
| B. Le divorce pour sévices : mise en œuvre restrictive..... | 165 |
| C. La théorie de la nullité du mariage et sa pratique judiciaire..... | 168 |
| §3 La garde et l'entretien des enfants en cas de divorce | 170 |
| Section 2- L'application des coutumes berbères par les juridictions coutumières | 175 |
| §1- L'application des coutumes berbères en matière de mariage | 177 |
| A. Les mariages contractés par les impubères..... | 177 |
| B. La validité du mariage | 178 |
| C. Le droit à la pension alimentaire pour la femme en fuite..... | 181 |
| §2- La pratique judiciaire de la dissolution du mariage berbère..... | 182 |
| A. Les formes de divorces possibles | 183 |
| 1. La dissolution par l'effet de la volonté du mari ou la répudiation | 183 |
| 2. La dissolution par l'effet de la volonté de la femme..... | 183 |
| B. Le remboursement du mal | 186 |
| C. La garde des enfants | 187 |
| Section 3 : L'application de la loi juive par les juridictions rabbiniques..... | 190 |

| | |
|--|-----|
| 1§ Les questions liées au mariage..... | 189 |
| A. Le lévirat..... | 189 |
| B. La polygamie | 190 |
| §2 Le divorce et la garde des enfants..... | 191 |
| A. De quelques causes de divorce | 191 |
| 1. La résistance à la mise en œuvre du divorce pour défaut d’entretien | 191 |
| 2. L’apostasie : un motif de rupture de lien matrimonial quasi-automatique dans la pratique..... | 193 |
| 3. Le divorce pour adultère sans constat de flagrant délit..... | 194 |
| B. L’application stricte des règles religieuses en matière de garde d’enfants ... | 195 |
| CHAPITRE 2 – LE MARIAGE MIXTE, D’UNE SITUATION COMPLEXE À UNE SITUATION PROBLEMATIQUE | 197 |
| Section 1- Les mariages mixtes : un législateur compréhensif, une administration crispée..... | 199 |
| §1- La faveur législative vis-à-vis des mariages mixtes | 200 |
| A. De la possibilité du mariage mixte | 200 |
| 1. Les droits locaux et les mariages mixtes..... | 201 |
| 2. Le droit positif français et les mariages mixtes | 203 |
| B. L’établissement au Maroc d’un état civil permettant d’enregistrer les mariages mixtes..... | 204 |
| §2-La pratique administrative : de l’extrême défiance à la plus grande tolérance vis-à-vis des mariages mixtes | 205 |
| A. De la réserve administrative | 205 |
| 1. Des usages visant à éviter les mariages mixtes : la période de Vichy | 206 |
| 2. La défiance persistante à l’égard des mariages mixtes : 1945-1947..... | 208 |
| B. L’indulgence administrative : 1947-1956..... | 210 |
| Section 2. Les conflits des lois en matière de mariages mixtes..... | 212 |
| §1- La formation du mariage mixte et ses effets..... | 212 |
| A. La formation du mariage mixte: application de la règle de personnalité des lois..... | 212 |
| 1. Les conditions de fond du mariage mixte | 213 |
| 2. Les formes de mariages en cas d’union mixte | 214 |
| a. Les mariages célébrés sous la forme musulmane..... | 215 |
| b. Le mariage célébré sous la forme rabbinique | 216 |

| | | |
|------|--|-----|
| B. | Les effets du mariage mixte..... | 218 |
| 1. | Les effets personnels..... | 218 |
| a. | L'effet du mariage sur la nationalité..... | 218 |
| b. | Les droits et les devoirs des époux..... | 219 |
| 2. | Les effets patrimoniaux : prépondérance de la loi du mari..... | 220 |
| § 2- | La dissolution du mariage mixte | 221 |
| A. | La protection de la femme européenne lors du divorce..... | 222 |
| B. | Les droits de l'épouse en matière successorale | 223 |
| | Conclusion du titre II..... | 225 |
| | Conclusion de la première partie | 227 |
| | - PARTIE 2-LA CONDITION JURIDIQUE DE LA FEMME APRES L'INDEPENDANCE DU MAROC : IMPOSSIBLE RUTPTURES ET RESISTENCE DES PRATIQUES ? | 229 |
| | TITRE 1- LA MOUDAWANA DE 1957 ET SA REVISION : D'UNE CONCEPTION CONSERVATRICE DU STATUT DE LA FEMME AUX PREMIERES AMELIORATIONS | 231 |
| | CHAPITRE 1- AU LENDEMAIN DE L'INDEPENDANCE, UNE EVOLUTION INFIME DU STATUT DE LA FEMME | 233 |
| | Section 1- Des droits inégaux, au détriment de la femme | 235 |
| §1. | Les droits de la femme dans le mariage, principal pôle de discrimination..... | 235 |
| A. | Conditions de validité du mariage pour la femme..... | 235 |
| B. | Droits et devoirs de l'épouse..... | 236 |
| §2- | L'inégalité des époux devant le divorce | 239 |
| A. | Les différentes formes de dissolution du mariage | 239 |
| B. | Les effets du divorce sur la vie de la femme marocaine..... | 242 |
| | Section 2- Des statuts inégalitaires, fortement critiqués..... | 243 |
| §1- | Des tentatives de réforme avortées..... | 243 |
| § 2. | Le mouvement des femmes au Maroc et la révision de la Moudawana..... | 245 |
| A. | Les organisations de défense de droits des femmes au Maroc | 246 |
| 1. | Les premiers groupes de femmes sur la scène publique | 246 |
| a. | Le secteur féminin du parti de l' <i>Istiklal</i> | 246 |
| b. | L'association Akhawat Assafa..... | 247 |
| 2. | La floraison des organisations féministes | 249 |
| B. | Le soutien d'une élite universitaire | 251 |
| 1. | La prolifération des écrits sur la femme..... | 251 |

| | | |
|---|---|-----|
| 2. | La dénonciation du CSP..... | 252 |
| CHAPITRE 2- LA DECENNIE 1993-2003 : ETAPE CLE DANS LE PROCESSUS D'EVOLUTION DU STATUT DE LA FEMME..... 255 | | |
| Section 1. La réforme de 1993 : Des réformes mineures avec une portée symbolique majeure | | |
| | | 255 |
| §1- | L'appel à la révision | 255 |
| A. | Un million de signatures..... | 256 |
| 1. | Le lancement de la campagne | 256 |
| 2. | Les réactions face à la pétition..... | 257 |
| B. | L'intervention royale..... | 259 |
| C. | Contenu et limites de la révision | 260 |
| Section 2- La lutte pour une réforme globale | | |
| | | 263 |
| §1. | Le Plan d'Action National pour l'Intégration des Femmes au Développement : le référentiel, une source d'échec | 263 |
| A. | L'échec du PANIFD..... | 264 |
| 1. | Les propositions novatrices du PANIFD..... | 264 |
| 2. | La réplique face au PANIFD..... | 266 |
| a. | La campagne anti-plan | 266 |
| b. | Le retrait du plan | 268 |
| B. | La confrontation autour du référentiel..... | 269 |
| 1. | Le droit musulman comme référentiel unique | 270 |
| 2. | Le droit musulman : le rejet absolu..... | 271 |
| 3. | Le droit musulman : la relecture d'une référence non absolue..... | 272 |
| § 2- | La réforme du CSP : le consensus autour du référentiel | 273 |
| A. | L'inscription de la réforme dans le référent religieux..... | 273 |
| B. | L'aboutissement à un consensus autour de la réforme | 275 |
| Conclusion..... | | |
| | | 279 |
| TITRE II- LA MOUDAWANA DE 2004 : UNE CONCEPTION RENOVEE DU STATUT DE LA FEMME AU RISQUE DES PRATIQUES | | |
| | | 281 |
| CHAPITRE I- DES ACQUIS JURIDIQUES, CONTRARIES PAR LA REALITE SOCIOCULTURELLE..... | | |
| | | 283 |
| Section 1- Des réformes importantes, mais limitées..... | | |
| | | 283 |
| §1. | La consécration du principe d'égalité des époux..... | 283 |
| A. | L'égalité des futurs époux devant le mariage | 283 |
| B. | L'égalité des époux durant la vie conjugale..... | 285 |

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | La transition vers une famille conjugale coopérative | 286 |
| 2. | Une transition inachevée : la dimension pécuniaire du lien conjugal..... | 286 |
| § 2- | Les limites au principe d'égalité des époux | 288 |
| A. | La subsistance de quelques inégalités | 288 |
| 1. | L'inégalité face aux conditions du mariage | 288 |
| a. | Le maintien du <i>sadak</i> au bénéfice de la femme | 289 |
| b. | Le mariage avec un non musulman..... | 290 |
| 2. | L'inégalité en matière de la garde des enfants | 290 |
| B. | La limitation des privilèges maritaux | 291 |
| 1. | La restriction de la polygamie..... | 292 |
| 2. | L'adaptation du droit de la rupture conjugale | 293 |
| a. | La judiciarisation de toutes les formes de dissolution du mariage..... | 293 |
| b. | L'introduction d'une nouvelle procédure de désunion..... | 295 |
| | Section 2- Les résistances socioculturelles..... | 296 |
| §1- | La perception et l'appropriation de la réforme par la société..... | 296 |
| A. | La connaissance du CF | 296 |
| 1. | Les moyens de vulgarisation de la réforme | 297 |
| a. | Les leviers mis en place par l'État | 297 |
| b. | Les moyens mis en place par la société civile..... | 298 |
| 2. | L'appréhension de la réforme..... | 299 |
| B. | La perception du CF | 301 |
| 1. | Une adhésion à certains principes de la Moudawana | 302 |
| a. | L'élévation de l'âge du mariage : une mesure largement bien perçue ... | 302 |
| b. | La restriction de la polygamie : un constat hétérogène..... | 302 |
| c. | Les innovations en matière du divorce..... | 304 |
| 2. | Une ambivalence et une résistance à certains principes de la Moudawana..... | 305 |
| a. | La résistance au principe de la suppression de la tutelle matrimoniale.. | 305 |
| b. | Les appréciations du principe de coresponsabilité des époux..... | 305 |
| §2- | La perception et l'interprétation du CF par le juge | 307 |
| A. | La perception du CF par les juges | 308 |
| B. | L'interprétation des nouvelles dispositions du CF..... | 311 |
| 1. | L'appréciation de l'exception dans le cas du mariage du mineur | 311 |
| 2. | L'appréciation du motif justifiant la polygamie..... | 313 |

| | |
|--|-------|
| CHAPITRE II- DES ACQUIS JURIDIQUES, DIFFICILE À METTRE EN ŒUVRE PAR LES TRIBUNAUX DE LA FAMILLE | 317 |
| Section 1- L'application du CF : les mesures prises et leurs limites | 317 |
| §1- L'adaptation de l'appareil judiciaire..... | 317 |
| A. TF: Institution, présentation et environnement..... | 318 |
| 1. La création des TF | 318 |
| 2. Présentation du TF : exemple de la section de la famille de Meknès | 3199 |
| 3. Le déroulement des audiences | 320 |
| B. L'implication du ministère public..... | 321 |
| 1. Le rôle du ministère public dans le CF | 321 |
| a. La protection des droits des époux et des enfants | 322 |
| b. Le contrôle du bon déroulement des procédures..... | 323 |
| 2. Le rôle réel du ministère public au sein des TF | 323 |
| C. L'instauration d'un fonds de garantie des pensions alimentaires | 324 |
| §2- L'investissement dans les ressources humaines | 326 |
| A. Les moyens humains mis en place | 326 |
| 1. La formation des professionnels de la justice | 326 |
| a. La formation des magistrats | 327 |
| b. La formation des adouls, des notaires et des traducteurs..... | 328 |
| 2. La mise en place d'un corps de médiateurs familiaux | 329 |
| a. La médiation au sein de l'appareil judiciaire | 329 |
| a.1 Le juge médiateur et conciliateur..... | 3299 |
| a.2 La formation des travailleurs sociaux..... | 331 |
| b. La médiation au cœur du travail associatif | 332 |
| B. L'insuffisance des moyens humains | 333 |
| 1. L'insuffisance du nombre des juges | 334 |
| 2. Les obstacles à la médiation familiale | 334 |
| Section 2- Les droits de la femme à l'épreuve de la jurisprudence..... | 336 |
| §1-La pratique judiciaire de la polygamie | 338 |
| A. L'appréciation du motif objectif et exceptionnel..... | 338 |
| B. La disposition de moyens financiers suffisants | 340 |
| §2- La pratique judiciaire du divorce : vers la protection des droits de la femme? | 34141 |
| A. L'élargissement du droit de la femme au divorce..... | 341 |

| | | |
|-----|---|-------|
| 1. | Le divorce pour discorde dans la justice de la famille..... | 342 |
| a. | Une interprétation extensive de la notion de discorde (chiqaq)..... | 342 |
| b. | Divergence jurisprudentielle à propos des droits financiers alloués à l'épouse..... | 345 |
| b.1 | Les décisions des juridictions du fond..... | 346 |
| b.2 | La jurisprudence de la Cour de Suprême..... | 347 |
| 2. | Le divorce pour préjudice dans la justice de la famille..... | 349 |
| B. | Les droits constitutifs du divorce..... | 351 |
| 1. | Les droits patrimoniaux de la femme divorcée..... | 35151 |
| a. | Les droits financiers constitutifs du divorce | 35151 |
| a.1 | Evaluation des droits dus à la femme et aux enfants | 35151 |
| a.2 | Les modalités de recouvrement | 353 |
| b. | Le droit à une partie du patrimoine familial..... | 354 |
| 2. | Le droit à la garde des enfants | 357 |
| a. | Le remariage de la mère | 358 |
| b. | La mauvaise conduite de la mère | 359 |
| c. | Le changement de résidence..... | 360 |
| | Conclusion du titre II..... | 363 |
| | Conclusion de la deuxième partie..... | 365 |
| | Conclusion Générale..... | 367 |
| | BIBLIOGRAPHIE..... | 375 |
| | LEXIQUES..... | 397 |
| | ANNEXES..... | 441 |
| | TABLE DES MATIERES..... | 403 |