



HAL
open science

La réception du Code marocain de la famille de 2004 par le droit international privé français : le mariage et ses effets

Asmaa Mazouz

► To cite this version:

Asmaa Mazouz. La réception du Code marocain de la famille de 2004 par le droit international privé français : le mariage et ses effets. Droit. Université de Strasbourg, 2014. Français. NNT : 2014STRAA028 . tel-01206485

HAL Id: tel-01206485

<https://theses.hal.science/tel-01206485>

Submitted on 29 Sep 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

ÉCOLE DOCTORALE *Droit, Science politique et histoire*
ED 101

THÈSE présentée par :

Asmaa MAZOUZ

soutenue le : **16 Décembre 2014**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**
Discipline/ Spécialité : **Droit international privé**

**La réception du Code marocain de la
famille de 2004 par le droit international
privé français**
Le mariage et ses effets

THÈSE dirigée par :
M. NORD Nicolas

Maitre de conférence, université de Strasbourg

RAPPORTEURS :
M. KINSCH Patrick
M. LICARI François-Xavier

Professeur, université de Luxembourg
Maitre de conférence, université de Lorraine

AUTRES MEMBRES DU JURY :
M. CUNIBERTI Gilles

Professeur, université de Luxembourg

Sommaire

INTRODUCTION.....	4
PREMIERE PARTIE : LE MARIAGE ET SES EFFETS ENTRE HIER ET AUJOURD’HUI.....	22
CHAPITRE I : Le mariage marocain : une institution religieuse et une institution juridique	24
SECTION I: Signification et définition du mariage selon le droit musulman classique.....	25
SECTION II: La codification de l’institution du mariage de 1956 à la réforme de 2004	84
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	125
CHAPITRE II: LES EFFETS DU MARIAGE MAROCAIN	126
SECTION I: Les effets du mariage entre époux	126
Section II : La filiation et les rapports des époux avec les enfants.....	167
CONCLUSION DU CHAPITRE II	222
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	223
PARTIE DEUXIEME: LA CONFRONTATION ENTRE LE MARIAGE MAROCAIN ET L'ORDRE JURIDIQUE FRANCAIS.....	225
CHAPITRE I: LA CONFRONTATION ENTRE LES DEUX SYSTEMES QUANT A LA FORMATION DU MARIAGE MAROCAIN	228
SECTION I: L’application du droit marocain de la famille en France en matière de formation du mariage.....	228
SECTION II : La polygamie marocaine face au droit international privé français.....	260
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	297
CHAPITRE II : LES EFFETS DU MARIAGE MAROCAIN EN FRANCE	298
Section I : Les effets du mariage entre les époux marocains en France.....	299
Section II: Les rapports entre les époux et leurs enfants	347
CONCLUSION DU CHAPITRE II	457
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	458
CONCLUSION GENERALE	459
BIBLIOGRAPHIE	462
GLOSSAIRE	492
Table des matières	495

Listes des principales abréviations

- <i>An.F.D.I.</i>	Annuaire français de droit international
- <i>AJ. Adm.</i>	Actualité juridique droit administratif
- <i>AJ Fam.</i>	Actualité juridique famille
- <i>Bibl. dr. privé</i>	Bibliothèque de droit privé
- <i>B.O.</i>	Bulletin officiel
- <i>Bull. civ.</i>	Bulletin civil
- <i>Cah. dr. eur.</i>	Cahier de droit européen
- <i>C.A</i>	Cour d'appel
- <i>C.A.A</i>	Cour d'appel administrative
- <i>C. Cass.</i>	Cour de cassation
- <i>CE</i>	Conseil d'Etat
- <i>CEDH</i>	Convention européenne des droits de l'homme
- <i>Chron.</i>	Chronique
- <i>CJCE</i>	Cour de justice des Communautés européennes
- <i>CJUE</i>	Cour de justice de l'Union européenne
- <i>CIJ</i>	Cour internationale de justice
- <i>Comm.</i>	Commentaire
- <i>Cons. Const.</i>	Conseil constitutionnel
- <i>Cour euro. dr. h</i>	Cour européenne des droits de l'homme
- <i>Cr. sup.</i>	Cour Suprême
- <i>D.</i>	Dalloz
- <i>Defr. Répertoire</i>	Defrénois
- <i>Dir.</i>	Direction
- <i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
- <i>Dr. fam.</i>	Droit de la famille
- <i>éd.</i>	Edition
- <i>Gaz.Pal.</i>	Gazette du Palais
- <i>JCP</i>	Jurisclasseur périodique
- <i>JCP G</i>	Jurisclasseur périodique édition générale
- <i>JC. dr. Comp</i>	Jurisclasseur droit comparé
- <i>JDI</i>	Journal du droit international
- <i>J.O.</i>	Journal officiel
- <i>M.R.E</i>	Marocain résident à l'étranger
- <i>M.R.F</i>	Marocain résident en France
- <i>n°</i>	numéro

- p.	Pages
- <i>Pet. Aff.</i>	Petites affiches
- Préf.	Préface
- préc.	Précité
- <i>R.</i>	Recueil Dalloz
- <i>R.C.A.D.I.</i> international	Recueil des cours de l'Académie de droit international
- Rép. dr. int.	Répertoire de droit international
- <i>RFD adm.</i>	Revue française de droit administratif
- <i>Rev.crit.D.I.P.</i>	Revue critique de droit international privé
- <i>R.I.D.C.</i>	Revue internationale de droit comparé
- <i>RJPF.</i>	Revue juridique Personnes et famille
- <i>R.T.D. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
- <i>R.T.D. eur.</i>	Revue trimestrielle de droit européen
- <i>R.T.D. fam.</i>	Revue trimestrielle de droit familial
- t.	tome
- T.G.I	Tribunal de grande instance
- <i>Tra.com.Fr.D.I.P.</i> privé	Travaux du Comité français de droit international privé
- UE	Union européenne
- spéc.	Spécialement
- vol.	Volume

INTRODUCTION

1. Le droit de la famille, en droit international privé français, est par sa nature source de conflit. Cela est d'autant plus vrai lorsqu'il s'agit d'un droit de source religieuse, tel que le statut personnel marocain. Dans ce cas, il n'est pas seulement question d'un conflit de lois et de juridictions mais aussi d'un conflit de civilisations. Parce que les relations familiales constituent la branche du droit qui a conservé les traces les plus nettes des origines culturelles des divers peuples¹, l'étude du droit de la famille marocain et sa réception par l'ordre juridique français traduit bien la difficulté que présente la rencontre entre systèmes juridiques laïcs et systèmes juridiques religieux. Les conflits de lois en droit de la famille constituent sans aucun doute « le dernier bastion »², puisque c'est là où la présence des héritages historiques et religieux se fait le plus sentir³.

2. Le conflit de civilisations a fait l'objet de plusieurs travaux, colloques et séminaires⁴. Cette étude ne portera pas seulement la lumière sur le conflit de lois dans le sens du conflit de civilisations, mais cherchera particulièrement à s'intéresser à l'origine de ces frictions par la compréhension de l'institution du mariage marocain, de ses origines, ainsi que de l'envergure des réformes qui lui ont été apportées en 2004.

¹F. RIGAUX, préface du livre de M. TAVERNE, *Le droit maghrébin, Algérie, Maroc, Tunisie, et son application en Belgique*, éd. Larcier, Bruxelles, 1981, p.8.

²M-C. NAJM, op. cit., n°8, p. 10.

³D. MAYER, «Évolution du statut de la famille. en droit international privé », *Clunet* 1977, p. 447; S. JAHEL, « La lente acculturation du droit maghrébin de la famille. dans l'espace juridique européen » *R.I.D.C* 1994, p. 31, spéc. p. 38; du même auteur, « Les principes généraux du droit dans les systèmes arabo-musulmans au regard de la technique juridique contemporaine », *R.I.D.C.* 2003, p. 105, spéc. p. 107.

⁴P. MERCIER, *Conflits de civilisations et droit international privé. Polygamie et répudiation*, Librairie DROZ, Genève, 1972; J. DEPREZ, « Le droit international privé et conflit de civilisation. Aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel », *R.C.A.D.I.* 1988-IV, vol. 211; M-C NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz 2005, préface Y. Lequette.

3. Il est indispensable pour comprendre la problématique du conflit, de chercher son origine. Ainsi, l'étude du mariage et de ses effets est essentielle, cela s'expliquant notamment par le fait que cette institution est le seul moyen de création de tout lien familial au Maroc. Le mariage est en effet le fondement de tout rapport entre individus concernant leur statut personnel.

4. La naissance du lien matrimonial ainsi que ses effets à travers la durée du lien ont rarement fait l'objet d'études approfondies malgré les conséquences qu'elle engendre. Il est plus fréquent de traiter de la disparition de ce lien. En effet, la rupture du mariage par une répudiation ou autre mode de séparation est plus présente devant les juridictions françaises. Cela s'explique certainement par le fait que la rupture du lien matrimonial engendre plus de problématiques devant les juridictions et cela est d'autant plus conflictuel lorsque le mode de rupture est aussi choquant que la répudiation qui reste un mode de séparation unilatéral exercé exclusivement par l'époux bafouant ainsi la notion de l'égalité entre époux⁵. La répudiation marocaine malgré sa soumission à plus de contrôle juridictionnel⁶ est toujours considérée comme l'institution du droit musulman qui marque la divergence entre le système religieux musulman et le système laïque.

⁵ R. EL HOUSSEINI, *La répudiation en droit international privé LGDJ*, 2002, préface de J. FOYER. Sur la position de la Cour de cassation, les arrêts du 17 février 2014, *Rev. crit. DIP*. 2004, p. 423, note P. HAMMJE; *Clunet* 2004, p. 1200, note L. GANNAGE ; *D.* 2004, p. 824, conclusion F. CAVARROC, aussi *D.* 2004, p. 815 et la chronique de P. COURBE, « Le rejet des répudiations musulmanes » ; *JCP*. 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON; *Defrénois* 2004, 812, note J. MASSIP ; *R.T.D.civ.*2004, p. 367, observations J-P. MARGUENAUD ; *Gaz. Pal.* Septembre-octobre 2004, p. 2814 et la chronique de M.-L. NIBOYET, « L'avenir du nouveau revirement de la Cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes ».

⁶ L' Article 79 dispose que « Quiconque veut divorcer doit demander au tribunal l'autorisation d'en faire dresser acte par deux adouls habilités à cet effet, dans le ressort du tribunal dans lequel est situé le domicile conjugal, le domicile de l'épouse ou son lieu de résidence ou le lieu où l'acte de mariage a été conclu, selon l'ordre précité ». Ainsi le guide pratique du Code de la famille. marocain précise que cette demande d'autorisation de divorce adressée au juge permet de « Faire du divorce, en tant que dissolution des liens de mariage, un droit exercé et par l'époux et par l'épouse, selon les conditions légales propres à chacune des parties et sous contrôle judiciaire. 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 ». Guide pratique du Code de la famille, p. 12. Il est à remarquer que dans la version française du Code, le terme répudiation est remplacé par le terme: divorce alors qu'il s'agit bien de répudiation au sens arabe utilisé dans le code dans sa version officielle, c'est à dire le terme " talak". Le " talak " est un moyen qui permet à l'époux et seulement à l'époux de rompre le lien conjugal. Il reste un droit exercé de manière unilatéral et le "quiconque" utilisé dans l'article 79 ne concerne que les époux. Les épouses peuvent rompre le lien conjugal que par le biais du "tatlik" traduit dans la version française du Code par "le divorce judiciaire". Le texte lui consacre le titre III, un chapitre différent de celui du divorce consacré par le titre II.

5. Mais le conflit entre les systèmes français et marocain existe non seulement lors de la rupture du lien matrimonial à travers une institution aussi choquante que la répudiation, mais peut également prendre naissance dès la création de ce lien et pas uniquement dans le cas de la polygamie. Le conflit dépasse les institutions puisqu'il concerne la définition même des liens familiaux dans les deux pays. Il faut impérativement comprendre le droit de la famille qui évolue dans la sphère intime des individus et se nourrit justement de leur culture et de leur civilisation pour recevoir ses institutions. Cette compréhension passe essentiellement par celle de la nature du mariage, son histoire et son origine.

6. Le mariage marocain tel qu'il est conçu par le Code de la famille de 2004, est le fruit de réformes qui sont la traduction de la volonté de tout un pays de changer la conception de la famille et de l'adapter à l'époque dans laquelle il vit.

7. Au Maroc, à l'instar des autres pays arabo-musulmans, la famille est l'institution centrale de la société. Ainsi, le droit de la famille est la discipline la plus sensible, créant exclusivement dans ce pays, un débat national chaque fois qu'elle fait l'objet de réformes puisque la famille reste l'espace culturel qui traduit par excellence l'identité de chacun. C'est en ce sens que S.M. le Roi Mohammed VI a affirmé, lors du discours du Trône du 30 juillet 2005 : « ...Nous confirmons notre ferme volonté de conforter et consolider les avancées majeures, couronnées par le Code de la famille qui a consacré des droits et des obligations fondées non seulement sur le principe d'égalité entre l'homme et la femme, mais également et essentiellement de préserver la cohésion de la famille et de protéger son identité nationale authentique »⁷.

Réformer tout en respectant la sensibilité de la famille marocaine et son attachement à son identité religieuse rend la promulgation de la loi 70.03 portant Code de la famille, un événement historique de grande envergure pas seulement qu'au niveau social mais aussi au niveau législatif. Sur ce plan, la nouveauté concerne la procédure suivie, puisque c'est la première fois qu'une loi de cette nature est soumise au parlement. Reste que le plus intéressant est l'effet qu'a cette réforme sur la société

⁷ Discours du trône du 30 juillet 2005, in Le Matin du Sahara du 31 juillet 2005.

puisque c'est aussi la première fois au Maroc, qu'un droit familial opte pour une formulation moderne afin de préciser les droits et devoirs de chaque composante de la famille en mettant l'accent sur l'équilibre dans les rapports entre l'homme et la femme. Ainsi, le texte insiste sur une volonté de mettre en place « la consolidation de la famille qui est la base de la société marocaine moderne ouverte sur son époque mais qui reste fidèle à son identité islamique et ses traditions de solidarité familiale et de cohésion sociale »⁸.

Cette phrase prononcée par le ministre de la justice traduit parfaitement l'essence du Code de la famille marocain qui navigue entre modernité et tradition et exprime le dilemme dans lequel évolue l'institution familiale marocaine entre la réalité traduite par le changement du statut des femmes au sein de la famille et un modèle traditionnel rendu obsolète par l'éclatement de la famille élargie. Une réforme qui prend en considération l'évolution que la famille marocaine a connu depuis l'indépendance du Maroc en 1956, car ce n'est plus cette famille dite traditionnelle (qui trouvait son compte dans l'application littérale du droit musulman tel qu'il est conçu dans les différentes Moudawanas d'avant la réforme de 2004) qui fait référence.

8. Aujourd'hui, l'institution familiale traverse une crise profonde. Les modèles familiaux se diversifient puisqu'il existe différents types de famille expérimentés par les marocains, de la famille traditionnelle complexe à la famille nucléaire. Ceci s'explique par l'abandon progressif des idéaux traditionnels en matière de procréation, transformations accompagnées sur le plan de l'habitat ainsi que du passage de plus en plus fréquent d'un habitat de grande superficie à un mode de vie en appartement⁹. Mais la théorie selon laquelle on serait passé, d'une façon linéaire, d'une forme de "famille étendue" ou "élargie", caractéristique des sociétés rurales traditionnelles, à un type de famille nucléaire qui tendrait à l'universalité¹⁰ est remise

⁸ M. BOUZOUBAA, Le ministre de la Justice, préambule du Code de la famille. Publié dans le B.O n° 5358 du 2 Ramadan 1426 (6 octobre 2005), p. 667.

⁹ M. KERROU et M. KHAROUFI, «familles, valeurs et changements sociaux ». In Monde arabe. Maghreb Machrek n°144 avr.-juin 1994; pp. 26-39.

¹⁰ F. Le Play a largement contribué à imposer cette thèse au XIX aux sociétés européennes. Voir P. COLLIGNON : *Frédéric Le Play, sa conception de la paix sociale*. Thèse de Paris, 1932.

en question puisque le Maroc connaît un panorama de ces deux types de famille qui cohabitent sur son territoire¹¹.

9. Dans tous les cas, la famille marocaine construite sur le fondement du mariage garde sa position de cellule de base de la société et reste le révélateur privilégié de la diversité des cultures. Même si les familles nucléaires sont de plus en plus répandues au Maroc, leur nature est très différente de celle des familles "conjugales isolées" de l'Occident¹². En effet, comme plusieurs études l'ont montré, elles sont insérées dans un réseau de parenté solidaire, comprenant les ascendants et les collatéraux¹³. Ainsi, la famille marocaine malgré sa diversité obéit à une influence culturelle et religieuse forte et « les règles qui la régissent ne peuvent être déterminées et définies par les seules ressources d'une technique juridique abstraite »¹⁴, ces règles ne peuvent qu'être imprégnées par la morale, la religion et par les mœurs dominantes malgré la sensibilité des liens familiaux empreints de sentiments et leur importance pour chaque individu. Le poids de ses rapports familiaux dépasse largement la sphère privé. Cette cellule fondatrice de la société qui est la famille ouverte vers plusieurs mutations, ne peut pas être laissée à l'anarchie ou à la liberté des individus. L'intervention de l'Etat est indiscutable, il doit réglementer et déterminer le rôle et les effets des rapports familiaux sur l'ensemble de la société.

La particularité de cet interventionnisme de l'Etat au Maroc est qu'il ne traduit pas que des enjeux sociaux mais aussi politiques entre conservateurs et progressistes qui mènent une guerre idéologique depuis le milieu du siècle dernier et dont les conséquences se ressentent de plus en plus actuellement¹⁵. Les droits familiaux

¹¹ Voir M. KERROU et M. KHAROUFI, op. cit. L'ouvrage explique selon plusieurs études faites sur un panel de marocains dans le monde rural ainsi que citadin le paysage de type de famille marocaine et son évolution.

¹² M. KERROU et M. KHAROUFI, ouvrage précité.

¹³ Voir D. BEHNAM « Le devenir de la famille, dynamiques familiales dans différentes aires culturelles ». UNESCO: Publisud: 1994, J.W GOODE «World revolution and family paterns», New York. Free Press. Rao L.J (1973) *Industrialization and family: a world view. International Journal of Sociology of the Family*, vol.3, n°2, 179-189. Shorter E. (1977), *Naissance de la famille moderne*, Paris, Seuil.

¹⁴ M. BENRADI, *Code de la famille, perception et pratique judiciaire*. Institut Friedrich Ebert Stiftung, 2005, p. 13.

¹⁵ Les "printemps" arabes ainsi que la domination des partis conservateurs ont sont bien la preuve. Actuellement le gouvernement marocain est constitué dans sa majorité du partie de justice et développement qui est considéré comme le parti islamiste conservateur dans le paysage politique marocain.

comme dans toute la sphère arabo-musulmane sont de source religieuse, leur évolution reste soumise à la lecture faite des écoles de la sunna et du Coran. Toute adaptation des statuts personnels à l'évolution sociale reste otage des volontés politiques majoritairement conservatrices qui maintenaient des lectures restrictives. Ces lectures ont toujours marqué l'histoire du droit de la famille essentiellement au Maroc¹⁶, demeuré fidèle au rite malékite, qui reste parmi les écoles les plus conservatrices du droit musulman¹⁷ juste après celle du rite hanbalite en vigueur en Arabie Saoudite¹⁸.

10. Reste que l'évolution de la famille s'impose d'elle même et elle s'exprime essentiellement dans la condition de la femme marocaine. Les libertés acquises par les femmes dans la sphère publique ont modifié la conception des rapports familiaux. Ainsi l'amélioration des conditions des femmes prenant de l'ampleur essentiellement dans les années 90 et son rôle dans tous les espaces, sont devenus plus visibles à tous les niveaux que ça soit l'éducation, l'accès au marché de l'emploi et même au niveau politique, religieux et les sphères de décision¹⁹. Cette évolution n'a pas été suivie par celle du droit de la famille ce qui donne lieu à une certaine schizophrénie juridique entre les droits de la femme dans la sphère publique et les droits de cette dernière dans la sphère privée. À la lecture des codes de la famille précédant la réforme, les premiers sont restés prisonniers de la vision traditionnelle du rôle de la femme dans la famille qui a été largement dépassée dans les autres espaces que ce soit dans le milieu urbain ou rural.

Cette opposition entre les droits reconnus à la femme dans la sphère privée et la sphère publique, a depuis l'indépendance du Maroc en 1956 donné lieu à des débats qui jusqu'à nos jours sont virulents. Cela s'explique par ses différents enjeux qui sont bien plus que juridiques et qui se heurtent, même aujourd'hui, à une grande résistance de la part de la société marocaine patriarcale craignant le changement et la perte des

¹⁶ La commission nommée par S.M le roi Mohammed IV responsable de la réforme du code de la famille. est composée de 16 membres dont 3 femmes et 7 érudits de cultures musulmanes traditionalistes.

¹⁷ A. BELHAJ, *La dimension islamique dans la politique étrangère au Maroc, déterminants, acteurs, orientations*, thèse en science sociales et politiques, 2008, université catholique de Louvain.

¹⁸ C. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Travaux de la faculté de droit de Namur, n°26, p. 56.

¹⁹ Voir Rapport de développement humain 2005, *Femmes et dynamiques du développement*, PUND Maroc. Éd. Janvier 2006.

valeurs religieuses à travers l'émancipation féminine. C'est pour toutes ces raisons que la réforme de la Moudawana de 2004 a été considérée, lors de sa promulgation, comme une révolution juridique ce qui exprime parfaitement le rôle de la famille comme un rouage de l'Etat. Elle permet à ce dernier de réguler la société et cela même si la tâche est fortement difficile mêlant émancipation féminine et conservation des traditions religieuses, donc sacrées. Ainsi le Code de la famille représente un exercice intéressant quant à l'habileté du législateur marocain de sortir d'un dilemme entre le subjectif et l'objectif et essentiellement entre l'interdit et le permis.

11. C'est par cet exercice que les réformes ont touché toute l'institution matrimoniale de sa formation à sa dissolution et les modifications se font sentir dans la redéfinition même de l'institution du mariage autant au niveau de la forme qu'au niveau du fond afin de répondre aux exigences sociales actuelles.

12. Ainsi, le législateur a adopté une nouvelle terminologie juridique loin de la traduction simple des préceptes du rite malékite qui définissaient les anciennes Moudawana²⁰. Il a puisé ses termes dans la philosophie des droits humains et dans la culture de l'égalité et a repositionné les rôles des époux²¹. Ces derniers sont devenus partenaires dans la gestion de la famille à travers le changement de la nature de leur rapport mutuel et de leur rapport vis-à-vis des enfants en élargissant l'exercice de l'autorité parentale²². Cet exercice, qui était propre au mari, chef unique et suprême de la famille, est devenu celui des deux époux afin de mieux consacrer le principe d'égalité des conjoints en droits, en devoirs et en obligations, et d'assurer l'équilibre de la famille et le respect des droits de l'enfant.

13. La polygamie, cette institution qui a permis à l'époux par sa seule volonté de prendre une deuxième épouse sans rendre de compte à personne et ce, même à la première épouse, est soumise aujourd'hui à des conditions sévères et à un contrôle du juge. Le code de la famille a ainsi instauré des dispositions qui la rende difficile, voir impossible dans certains cas, en créant des mécanismes de garantie dissuasifs²³. Le

²⁰ Voir F. SERHANE, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille*, ss dir. J. Poussin, éd. L'Harmattan

²¹ M. BENRADI, *op. cit.*, p. 15.

²² Guide pratique du Code de la famille. marocaine, p. 12.

²³ *Ibid*, p. 11

législateur a aussi réformé l'institution intouchable de la filiation en permettant l'établissement de celle-ci pour les enfants nés lors de la période des fiançailles alors qu'ils étaient considérés comme illégitimes²⁴. Il a entre autres redéfini les rapports entre les parents et les enfants qui sont devenus soumis à des règles plus respectueuses et conformes aux différentes conventions internationales ratifiées par le pays²⁵. Toutes ces réformes font que le code de la famille de 2004 constitue une avancée importante et une étape encourageante dans l'évolution de la société marocaine.

14. Cependant, si cette avancée constitue une initiative permettant l'amélioration des rapports familiaux et instaurant une philosophie plus égalitaire prenant en considération toutes les composantes de la famille, son application concrète n'est pas aisée. Le décalage entre les dispositions du code de la famille de 2004 et leur impact réel sur une société patriarcale qui tient à garder le même rapport homme-femme au sein de la famille est assez conséquent. Le respect des modalités du code doit effectivement être accompagné de moyens pour assurer sa réalisation afin d'imprégner la philosophie égalitaire au sein de la famille et dans la culture marocaine afin de transformer le code de la famille non seulement en outil juridique mais à un projet de société. Cette entreprise est aux mains des pouvoirs publics qu'ils soient administratifs ou juridiques. Le corps juridictionnel a la responsabilité de la réussite de la réforme de 2004, ainsi le rôle des magistrats est primordial. Ils doivent assurer le respect des réformes du code de la famille puisque ce dernier a prévu une large marge d'intervention aux juges et leur donne une grande liberté d'interprétation et d'application de toutes ses dispositions.

Cette liberté offerte aux magistrats est la clef de la réussite de la réforme du code de la famille dans la mesure où un code ne vaut que par son application. C'est pour cette raison que ce travail ne portera pas seulement la lumière sur les modalités apportées par le code de la famille de 2004 en matière de mariage et ses effets mais consacrera aussi une partie à son appropriation par la société et par les instances judiciaires ainsi

²⁴ L'article 156 du code de la famille.

²⁵ La Convention de New York sur les Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989 ratifiée par le Maroc le 21 juin 1993, La Convention de la Haye conclue le 19 octobre 1996 en matière d'autorité parentale. Voir aussi le guide pratique du Code de la famille. marocain, p. 13.

qu'à son application d'une région à une autre sur le territoire marocain et en dehors, notamment sur le territoire français.

15. Cette application du code hors de son territoire amène à la question de la réception du code par le juge français. En ayant suffisamment d'éclairage sur la nature du rapport matrimonial au Maroc et sa véritable position au sein de la société, il est plus aisé de comprendre l'origine des conflits non seulement au niveau de la réception de la loi marocaine et sa compétence à s'appliquer mais aussi au niveau de la qualification des institutions et leur intégration dans le paysage juridique français.

16. Il s'agit d'apprécier la réception du mariage marocain et de ses effets dans la pratique juridictionnelle française. Il est certain que les affaires franco-marocaines ne manquent pas vu l'importante communauté marocaine résidente en France, sans oublier la population française d'origine marocaine. Cette dernière garde des liens juridiques forts avec le pays d'origine et ses membres tissent des rapports familiaux en créant des liens matrimoniaux et des liens de filiation avec des marocains pouvant donner naissance à des conflits qui finissent devant un juge français.

17. Selon les règles du droit international privé en matière de statut personnel et conformément à la convention franco-marocaine du 10 août 1981²⁶, le droit marocain a vocation, en tant que loi nationale de la personne, à régir le statut familial des marocains résidents en France. Mais en réalité ce principe a une application bien tempérée.

La ratification de la convention franco-marocaine était considérée comme une solution permettant à la fois une meilleure coordination entre les deux systèmes et l'application du droit marocain de la famille à tous les marocains résidents en France. Mais, pour atteindre l'harmonisation des solutions, il faut d'abord que l'ordre juridique d'accueil fasse preuve, afin de se montrer respectueux de la dite convention, d'un traitement tolérant dans la réception de la loi étrangère puisque cette

²⁶Voir : F. MONEGER, « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative aux statuts des personnes et de la famille. et à la coopération judiciaire », *Rev. crit. DIP.*1984, p. 29 et s ; P. DECROUX, « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille. et à la coopération judiciaire », *J.D.I.*, 1985, p. 66.

dernière répond à des valeurs différentes de celui du for. Sauf que cette tolérance et ce respect de l'autre culture à travers le respect de sa loi ainsi que celui de la convention ne doit pas transiger avec les droits fondamentaux de l'ordre juridique du for. Dans ce cas, le droit marocain se trouve face à des limites fixées par l'ordre juridique français chaque fois qu'une de ses normes risque de heurter les fondements de la société d'accueil.

18. La dernière solution des juridictions françaises tend vers l'intransigeance quant aux valeurs considérées comme fondamentales, ce qui amène plus de rejet des normes de droit marocain ne respectant pas l'ordre public international français²⁷. Ce rejet ne doit pas être considéré comme du mépris envers ce droit, ni comme un refus de coordination des solutions de droit international privé entre les deux systèmes. Il ne peut être considéré non plus comme un jugement négatif porté sur la norme étrangère, mais comme une affirmation procédant de la volonté de faire respecter les principes et les fondements de toute une société, qui ne peuvent être sacrifiés au nom de la coordination des systèmes en la matière.

19. Une position franche sur le respect des droits fondamentaux permet une jurisprudence homogène qui pose des limites à la réception de chaque norme étrangère contraire à ces droits, ce qui peut présenter un double avantage.

20. Le premier est celui d'assurer un traitement égal envers toutes les personnes ayant recours au juge français compétent, même si elles sont soumises à une loi étrangère inégalitaire. Cette égalité de traitement tend vers une autre égalité, celle de jouir des mêmes droits fondamentaux protégés. Le mécanisme qui permet l'éviction de la loi étrangère choquante est le déclenchement de l'exception de l'ordre public international.

21. La contrariété de la norme étrangère à l'ordre public international français n'a pas toujours conduit à son éviction. Il faut s'assurer que l'application de ladite norme heurterait de façon insupportable l'ordre juridique du for. Pour cela, il faut que le rapport de droit en question entretienne un lien plus ou moins étroit avec lui. Ainsi,

²⁷ L'exemple le plus parlant est celui des répudiations marocaines, voir les arrêts de la Cour de cassation du 17 février 2004, précités.

c'est l'intensité des liens que la situation présente avec l'ordre juridique du juge saisi qui conditionne le déclenchement de l'exception de l'ordre public²⁸. Cette intensité peut être traduite par la proximité spatiale qu'entretient la situation juridique avec le for, mais ce caractère du lien témoigne de la relativité de la mise en œuvre de la réserve de l'ordre public²⁹.

Cette relativité se traduit ainsi: une loi restrictive ne sera déclarée contraire à l'ordre public français que si la situation présente une attache que l'on juge suffisante avec le for, à défaut, ladite loi cesse de porter atteinte aux mêmes valeurs qui pourraient causer son éviction si les liens avec le même ordre juridique sont jugées suffisantes, dans ce cas, le juge français ne déclare la loi étrangère inacceptable qu'au nom d'un ordre public de proximité³⁰.

22. L'ordre public de proximité exige la réunion de deux éléments qui doivent se combiner. L'importance des liens qu'entretient la situation avec l'ordre juridique du for d'une part, et la gravité de l'atteinte aux valeurs fondamentales par l'application de la loi étrangère d'autre part. Ainsi le déclenchement de l'exception de l'ordre public variera en fonction de ces deux facteurs³¹, plus l'atteinte aux valeurs fondamentales défendues est grave, moins sera déterminant le lien que la situation tisse avec le for³².

23. En matière de statut personnel, les deux principaux facteurs de rattachement sont la nationalité et la résidence habituelle. Ces deux facteurs traduisent nécessairement la nature du lien du droit privé en cause avec le for et déterminent l'intensité des liens qui permet le déclenchement de l'ordre public de proximité³³.

²⁸ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2006, 4ème éd. p. 262, n° 315; Y. LOUSSOUAR, P. BOUREL, de VAREILLES-SOMMIERES, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 9ème éd., p. 351, n° 254-3; P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 8ème éd., p. 139, n° 205-1; H. BATOFFOL et P. LAGARDE, *LGDI*, 1993, t. I, 8ème éd., p. 576, n° 359-2.

²⁹ M-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2005, p. 473, n° 500; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inladsbeziehung) en droit international privé*, thèse Paris I, 2002, p. 134.

³⁰ Voir, P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain » *Rev. Cours Acad. dr. inter* 1977-I, t. 154, p. 101

³¹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, op. cit., t. I, 8ème éd., p. 577, n° 359-2.

³² A. BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *R.C.A.D.I*, 1993-II, vol. 239, p. 52 et 53, n° 359-2 ; F. KNOEPFLER, P. SCHWEIZER, *Précis de droit international privé suisse*, éd. Staempfli et Cie, Berne, 1990, p. 123, n° 365 ; N. JOUBERT, Thèse précitée, p. 173.

³³ K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*, l'Harmattan, 2009, p. 147, n° 193

24. La nationalité est un facteur qui exprime la proximité que peut avoir la question juridique avec le for soit parce qu'elle est considérée comme une attache forte entre l'individu et l'Etat dont il est ressortissant, une appartenance et aussi un enracinement dans l'ordre juridique de ce même État et par conséquent, « le rattachement national est une expression du principe de proximité»³⁴. Soit parce que la nationalité est considérée comme « un rattachement de souveraineté »³⁵ attestant la subordination des personnes à leur souverain. La souveraineté de la loi nationale reposerait sur l'intérêt naturel d'un État à exercer la plénitude de l'autorité sur ses sujets³⁶. Il s'ensuit « que l'appel à la loi nationale pour gouverner le statut civil des personnes et certains rapports privés dans lesquelles elles sont impliquées se rattacherait au respect réciproque par les Etats de leurs souverainetés respectives»³⁷.

A partir des deux traductions faites au rattachement national, ce dernier reste un élément déclencheur du mécanisme de l'ordre public de proximité comme c'est le cas pour le domicile ou la résidence habituelle. Le rattachement à la résidence habituelle exprime la volonté de l'individu de s'intégrer dans l'ordre juridique duquel se trouve sa résidence. Il est possible de penser que cette attache à la résidence habituelle soit aussi forte et pertinente que celle à la nationalité, parce que si on n'a pas toujours le choix de sa nationalité, on reste dans une certaine mesure libre de choisir le lieu de sa résidence et par conséquent l'ordre juridique auquel on désire être soumis.

25. Ainsi, l'ordre public de proximité doit nécessairement tenir compte de ces deux éléments afin de protéger les valeurs du for contre la loi étrangère choquante. L'exemple qui illustre le mécanisme de l'exception de l'ordre public de proximité se matérialise dans la matière de la filiation naturelle à travers la reconnaissance de paternité. Si en France le droit de rétablir la filiation d'un enfant naturel est fondamental³⁸, au Maroc ce droit est prohibé. Ainsi un enfant naturel ne peut rétablir

³⁴M-C. NAJM, op. cit., p. 490, n° 510

³⁵E. PATAUT, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions, (étude en droit international privé)* LGDJ, 1999, p. 46-47, n° 69.

³⁶M. P. PULJAK, *Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, Thèse Paris II 2002, p. 216 n° 392.

³⁷M. P. PULJAK, op. cit. p. 216.

³⁸Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation.

sa filiation³⁹. Cette solution du droit marocain va à l'encontre de l'ordre public international français si la situation de l'enfant naturel l'entraîne à vouloir établir sa filiation devant le juge français.

26. L'arrêt qui exprime le mieux le procédé du déclenchement de l'ordre public de proximité est celui de la Cour de cassation du 10 février 1993⁴⁰. Ce dernier traitait d'une action de recherche de paternité, en application de la règle de conflit de l'article 311-14⁴¹, la compétence revenait à la loi étrangère prohibant l'établissement de la filiation naturelle⁴². La Cour, en s'appuyant sur l'ordre public de proximité, a décidé que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont en principe pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation, l'ordre public s'opposant alors à l'application de la loi étrangère normalement compétente ». Ainsi est la règle, l'existence d'un des deux éléments de rattachements la nationalité ou la résidence habituelle de l'enfant suffit pour déclencher le mécanisme de l'ordre public malgré la compétence de la loi étrangère. Cela permet à des enfants marocains naturels d'accéder au droit d'établir leur filiation dès qu'ils sont résidents en France.

27. Mais, dans certains cas la situation n'est pas aussi simple. Malgré la réunion des critères de rattachement, l'ordre public de proximité n'est pas toujours déclenché. Les exemples concrétisant ce constat, se trouvent dans la même branche du statut personnel, celle de l'établissement de la filiation de l'enfant naturel.

Dans le cas où l'enfant d'une mère marocaine réside habituellement au Maroc, pays qui interdit l'établissement de la filiation naturelle, et qu'il décide de tenter une action

³⁹ L'article 152 du code de la famille. dispose que « la filiation découle des rapports conjugaux, de l'aveu du père et des rapports par erreur », alors que l'adultère et le viol n'établissent pas le lien de parenté. C'est ce qu'a décidé la Cour suprême dans un arrêt rendu le 31 janvier 2007. Dans un autre arrêt de la même Cour datant du février 2007, l'instance explique de manière plus claire que « Lorsqu'une femme est enceinte par suite de rapport illégitime la filiation de l'enfant ne peut être établie qu'à son égard conformément au Fikh (la loi musulmane), le tribunal n'étant pas tenu à l'enquête ou à l'expertise médicale, étant donné qu'il est établi des documents du dossier que la grossesse résulte de l'adultère ».

⁴⁰ C. cass., 1^{ère} ch. civ., 10 février 1993, *Rev. crit. DIP.* 1994, note J. FOYER ; *Clunet* 1994, p. 124, 1^{ère} espèce, note I. BARRIERE-BROUSSE ; *D.* 1994, p. 66, note J. MASSIP ; *Deffrénois* 1993, p. 982, n° 86, observation J. MASSIP, *D.* 1994, somm. comm., p. 32, observation H. FULCHIRON.

⁴¹ La loi compétente est la loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant.

⁴² Voir infra n 352 et s.

en France pour rétablir sa filiation vis-à-vis d'un présumé père de nationalité française, le juge français décidera que la loi marocaine prohibitive est compétente et ne déclenchera pas le mécanisme de l'ordre public en estimant que les liens avec l'ordre juridique français sont insuffisantes⁴³.

L'enfant naturel de nationalité marocaine résidant au Maroc ne remplit pas les critères posés par la Haute juridiction, se trouve ainsi dans l'impossibilité d'établir les liens de filiation avec un présumé père même de nationalité française ou résidant en France. Dans ce cas, est-il possible de penser que l'humain n'est pas plus important que la technique abstraite, isolée de toute considération autre que juridique ? Cela ne concerne pas seulement le déclenchement de l'ordre public de proximité mais aussi tout le processus de la désignation de la loi compétente, or « le droit ne se réduit pas aux normes, ni la science juridique à la seule analyse des normes, comme le veut le kelsenisme »⁴⁴.

28. Ceci est d'autant plus surprenant que cette solution marque une rupture avec les décisions de certaines juridictions du fond qui n'avaient pas hésité, il y a vingt sept ans déjà, à déclarer les lois étrangères qui dénie à l'enfant tout droit d'établir sa filiation comme étant contraires à la conception française de l'ordre public international⁴⁵. La question qui se pose ici est de savoir dans quelle mesure le droit d'établir sa filiation est fondamental. Est ce que l'application de la théorie de l'ordre public de proximité, outre « le relativisme et le subjectivisme »⁴⁶ qui caractérisent la notion des valeurs protégées par le for, témoigne de l'indifférence de la jurisprudence française envers le sort des enfants ? Comment expliquer cette indifférence, « autrement que par un égard porté par les juges à *Inlandsbeziehung* »⁴⁷?

29. Le traitement du sujet de l'établissement de la filiation naturelle permet de comprendre les limites de la théorie de l'ordre public de proximité dans le rejet ou la

⁴³ C. cass., 1 ère ch. civ., 10 mai 2006. II. 10165, note T. AZZI; D. 2006, p. 1481, observations I. GALLMEISTER; D. 2006, p. 2890, note G. KESSLER et G. SALAME. Voir la partie réservée à la filiation naturelle

⁴⁴ B. OPPETIT, « Le droit international privé, droit savant », *R.C.A.D.I.* 1992-II, vol. 234, p. 331, spéc. p. 433.

⁴⁵ TGI, Paris, 23 avril 1979, *Rev. crit. DIP.* 1980, p. 83, note P. LAGARDE.

⁴⁶ H. GAUDMET-TALLON, note sous C. cass, 1ère ch. civ., 10 juillet 1979, *Rev. crit. DIP.* 1980, p. 97.

⁴⁷ D. BODEN, *L'ordre public: limite et condition de la tolérance (Recherches sur le pluralisme juridique)*, Thèse Paris I, 2002, vol. II, p. 748, n° 684.

réception de la loi marocaine censée être contraire aux valeurs défendues par l'ordre public international. Reste que malgré cette parenthèse discutable, l'application par les juridictions françaises des lois marocaines présente le mérite d'être stable et donc assurer une prévisibilité des solutions. Ceci mène vers le deuxième avantage.

30. Le deuxième avantage d'une ligne claire et stricte sur le respect des droits fondamentaux tenue par le juge français est celui d'encourager des pays, tel le Maroc, à repenser leurs propres institutions, non seulement pour leurs ressortissants mais aussi pour éviter des rejets par les systèmes des pays d'accueil. Si les juridictions françaises maintiennent une position stricte sur leur rejet des normes irrespectueuses des droits fondamentaux, cela apporterait un grand soutien aux courants modernistes marocains pour lutter contre le conservatisme et imposer une vision plus égalitaire du droit de la famille.

31. Cela ne veut certainement pas dire copier des principes d'un autre pays et les imposer aux marocains. Il ne s'agit pas non plus d'un rejet inconditionnel du système français de toutes les institutions en provenance du Maroc mais de trouver de nouvelles méthodes qui prennent l'humain en compte. Il n'est certainement pas choquant d'affirmer que, le principe de l'égalité entre époux, le droit à un enfant d'établir sa filiation naturelle à l'égard du père, la liberté de choisir son conjoint sans lui imposer une conversion à une autre religion en mettant en cause le principe de la liberté des consciences et du culte, l'égalité entre les sexes en ce qui concerne l'héritage..., paraissent comme des droits fondamentaux et universels qui ne sont pas seulement propres aux pays européens, comme l'écrit Y. Lequette⁴⁸. Il ne s'agit pas de nier l'identité marocaine musulmane ni de remettre en question le fondement religieux du Code de la famille mais de chercher des deux côtés, des solutions à des problématiques réelles qui portent atteinte à l'humain dans ce qu'il a de plus intime: la famille.

32. Aussi, il ne faut pas oublier que la réforme du Code de la famille marocain avait aussi pour but de moderniser le texte afin de l'adapter non seulement à la société

⁴⁸Y. LEQUETTE, « Le conflit de civilisation à la lumière de l'expérience franco-tunisienne », in *Mouvement du droit contemporain, Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*, Centre de publication universitaire, Tunis 2005, p. 175.

actuelle mais aussi aux marocains résidents à l'étranger, ces derniers ont fait l'objet de normes spécifiques comme celles qui leur facilitent la conclusion de leur mariage sur le territoire français⁴⁹. Enfin, il faut rappeler que cette modernisation du Code de la famille a été aussi pensée pour réadapter les institutions religieuses telle que la polygamie et la répudiation afin de limiter leur exercice non seulement dans la société marocaine mais aussi en dehors, pour tous les ressortissants marocains vivant à l'étranger et notamment ceux qui résident en France.

33. Il ne s'agit pas non plus de glorifier un système par rapport à un autre mais d'apporter une double critique. Une première critique sur la réforme du Code de la famille au Maroc en matière de mariage et de ses effets, et sa pratique réelle dans la société marocaine. La réforme, malgré son audace, reste insuffisante et la pratique montre les failles et les obstacles qu'elle subit lors de son application. Des failles non seulement techniques tels que le manque d'outils administratifs et juridictionnels mais aussi le manque de moyens de communication, puisque jusqu'à aujourd'hui, les marocains ne connaissent pas tous leur propres droits⁵⁰. En même temps, une certaine résistance de la société persiste à accepter et à adopter les modalités de la réforme subsiste⁵¹.

34. La deuxième critique traite la manière dont les juridictions françaises appréhendent un droit étranger différent de leurs conceptions sans systématiquement comprendre son fondement et son but, ce qui peut donner lieu à des solutions boiteuses ou contraires au but recherché par le dit droit. L'exemple le plus concret est celui de la kafala. Cette institution du droit marocain a pour but la prise en charge d'enfants qu'ils soient orphelins, enfants naturels ou dont les parents n'arrivent plus à assumer leur éducation. Cette prise en charge n'est pas considérée comme une adoption puisque cette dernière est interdite au Maroc. La kafala peut être définie comme un substitut à l'adoption mais elle ne peut pas être qualifiée ainsi par le droit

⁴⁹ Article 14 du Code de la famille. marocain concerne les dispositions du mariage des marocains résidents à l'étranger.

⁵⁰ « Moudawana, dix ans après, le combat continue », dans la Une de la revue Zaman, n° du 11 mars 2014.

⁵¹ Voir l'étude précitée *Code de la famille., perception et pratique judiciaire*. Institut Friedrich Ebert Stiftung, 2005; « Dix ans après, le Code de la famille. prend des rides » la vie économique, n° du 10 février 2014.

international privé français puisqu'elle poursuit un but différent et reste limitée dans la prise en charge de l'enfant pour une durée déterminée.

35. La kafala est considérée par les marocains comme une porte ouvrant sur une « filiation adoptive ». Reste que cette filiation adoptive, elle ne peut être considérée comme une filiation au sens du droit marocain puisqu'elle ne produit pas tous les effets de la filiation et elle n'est certainement pas adoptive puisque l'adoption est prohibée par le droit marocain. Elle est considérée comme le seul moyen de pouvoir prendre en charge un enfant étranger à la famille. C'est pour cette raison que cette institution qui prête à confusion présente un intérêt particulier en ce qui concerne la réception d'une des dernières institutions inconnues par l'ordre juridique français, une institution qui incarne à elle seule, tout le clivage qui séparent un pays de tradition juridique islamique comme le Maroc avec un système juridique laïque tel le système français⁵². Ainsi cette réception trouve ses limites dès la qualification de la kafala qui n'a aucun équivalent dans l'ordre juridique français et qui contrairement aux autres institutions telles la polygamie et la répudiation n'est pas contraire à l'ordre public international français. Aussi, Il n'était pas possible de traiter le sujet de la filiation dans le droit marocain et sa réception sans consacrer une partie à la kafala qui reste la seule possibilité offerte aux parents n'ayant pas la possibilité d'avoir des enfants, de connaître la paternité même si cette dernière ne s'exprime que par une prise en charge de l'enfant sans pouvoir l'intégrer juridiquement à la famille, il ne prend pas le nom du kafil, il ne peut hériter de ce dernier et garde son identité juridique intacte par rapport à sa famille par kafala. Comprendre son origine religieuse et son évolution dans la pratique juridique marocaine permet au juge français de lui accorder une meilleure interprétation et donc une meilleure réception dans son ordre juridique.

36. Il est évident que l'étude de la réception du mariage marocain et de ses effets ne peut pas donner lieu à des certitudes en ce qui concerne la ligne de conduite à mener par les juges français. L'imperfection dans la réception des institutions étrangères d'inspiration religieuse par un système laïc est systématique lors de l'application des lois marocaines ou la reconnaissance des jugements marocains

⁵²S. JAHEL, « Chari'a et religions », in Clés pour le siècle, D. 2000, p. 289, du même auteur, «Droit des affaires et religions », *R.I.D.C.*2001, p. 879, spéc. p. 881.

puisque le juge français se trouve souvent dans la difficulté émanant de sa méconnaissance du droit marocain.

37. Ainsi, ce travail tend à porter plus de lumière sur le mariage marocain et son évolution à travers l'histoire des règles qui le promulguent. Seront ainsi abordées les réformes qui ont redéfini sa formation mais aussi ses effets sur la relation entre les époux et celle qui les lient aux enfants, ainsi que la kafala, une institution qui évolue dans la sphère familiale (Première partie). Cette compréhension permet de connaître l'institution du mariage mais a prévalet en France. La réception de l'institution matrimoniale par le droit international privé français peut se heurter à des difficultés soit par méconnaissance des institutions, soit parce que les lois marocaines sont contraires aux valeurs défendues par l'ordre juridique français (Deuxième partie).

**PREMIERE PARTIE : LE MARIAGE ET SES
EFFETS ENTRE HIER ET AUJOURD'HUI**

38. Selon M. Benachour « Entre les deux Islams, le divorce est radical. La grande erreur, c'est lorsque les représentants de l'un ou l'autre prétendent parler au nom de l'Islam. Alors qu'il s'agit tout simplement de leur Islam ; celui de leur préférence, de leurs profils ou de leurs intérêts. L'Islam est un texte. C'est nous qui le faisons parler. La probité intellectuelle, loin, loin de l'esprit militant et de la littérature journalistique, nous oblige à reconnaître que chacun à raison ; le reconnaître, c'est déjà accomplir un grand pèlerinage. La Mecque est en nous, nulle part ailleurs »⁵³.

39. L'importance de l'interprétation du droit musulman est indubitable dès qu'il s'agit du droit de la famille. Le législateur doit rester fidèle aux préceptes de l'Islam tout en garantissant plus d'égalité et de protection entre les différentes parties. L'exercice n'est pas si évident comme le démontre l'évolution de l'institution du mariage.

40. L'analyse de l'histoire du mariage et de ses effets esquisse le panorama du Maroc d'hier et celui d'aujourd'hui. Elle montre l'évolution par laquelle la famille marocaine est passée. La constitution de cette dernière et les rapports qui lient ses parties ne sont plus les mêmes. Ce titre permettra de comprendre, non seulement l'évolution juridique de l'institution matrimoniale mais son évolution sociale, une pratique particulière qui explique la difficulté que peuvent rencontrer les systèmes laïcs, chaque fois qu'ils côtoient les institutions du droit musulman et plus précisément celles du droit marocain de la famille.

41. Pour comprendre l'importance de la réforme du Code de la famille en 2004 au niveau du mariage et de ses effets, il faut revenir aux sources et à l'appréhension de l'institution par le législateur marocain. Ce dernier a participé à l'évolution de la famille par une nouvelle appréciation du contrat de mariage et de ses fins en transformant une institution religieuse à un institution juridique (chapitre I) et par l'amélioration des rapports entre les époux et les enfants en instaurant plus d'égalité entre l'homme et la femme et en garantissant plus de protection envers leur progéniture (chapitre II).

⁵³Y. BEN ACHOUR, « Ummah islamique et droits des minorités », in *Mélange à l'honneur de Mohamed Charfi*. Centre de publication universitaire. Tunis 2001, p. 277, spés. p. 304.

CHAPITRE I : Le mariage marocain : une institution religieuse et une institution juridique

42. La voie tracée par le mariage marocain illustre clairement l'interprétation de l'Islam en tant que texte religieux mais aussi en tant que texte de droit. L'institution est le fruit d'un effort de conciliation considérable pour allier les sources fondamentales du droit musulman et leurs différentes interprétations, les coutumes de chaque région, tribu et ethnie et aboutir ainsi à son état d'avancement actuel.

43. Sachant que le mariage est la seule forme admise légalement pour constituer une famille au Maroc⁵⁴, il paraît indispensable de revenir sur son passé pour mieux comprendre et analyser son présent. Une évolution sociale et un changement de mentalités radical marquant la différence entre le Maroc d'aujourd'hui et celui d'hier se perçoivent dans la modification de la signification et dans la définition même du mariage. Le mariage qui était défini comme un contrat légal permettant une relation charnelle (*nikah*) entre deux personnes de sexes différents assurant la reproduction pour préserver l'espèce humaine sous la direction du mari⁵⁵, s'est transformé en un pacte fondé afin d'assurer une vie dans la fidélité, la pureté et la création d'une famille stable sous la direction des deux époux⁵⁶.

Pour arriver à cette évolution, il a fallu opter pour une logique d'accompagnement des nombreuses mutations que connaissait la société marocaine et ce pour éviter toute rupture brutale ne correspondant pas aux mœurs des marocains. Le but ultime était donc de produire un texte plus adéquat avec la nouvelle définition de la famille marocaine moderne en répondant à ses aspirations et ses attentes qui émergent tout en respectant les préceptes de l'Islam auxquels le peuple reste extrêmement attaché.

44. Au Maroc d'avant le protectorat, la vie privée des marocains musulmans était encadrée juridiquement par le seul rite malékite qui régissait la vie économique,

⁵⁴ R. NAJI EL MEKKAOUI, Causerie du Ramadan : « L'universalité de la Structure de la famille. dans un monde multiculturel » Travaux publié par le Ministère des Habous et des affaires islamiques, 2003.

⁵⁵ G.H BOUSQUET, *Le droit musulman*, éd. Collection Armand Colin, 1963, p. 100

⁵⁶ Article 4 du Code de la famille. marocaine de 2004.

sociale et juridique et bien évidemment le droit de la famille. Ce dernier était soumis non seulement au rite malékite mais aussi à l'opinion majoritaire et la jurisprudence constante y afférentes⁵⁷. Les fondements étaient religieux puis coutumiers mais la signification, l'esprit et la philosophie du mariage étaient essentiellement inspirés du Coran, de la sunna et de leur interprétation par l'Imam Malek et ses disciples (section I).

45. Le Maroc moderne, pendant et après le protectorat connaîtra une codification du droit de la famille et celle du mariage. Des commissions se sont constituées. Celle qui a vu le jour juste après l'indépendance afin d'élaborer la première moudawana, un code du statut personnel en 1956 qui a subi une réforme en 1993. Dix ans plus tard, une dernière commission se chargera d'adapter le statut familial aux exigences de modernité en permettant la naissance du nouveau Code de la famille en 2004. L'institution du mariage ainsi que ses composantes ont connu de nombreux bouleversements (section II).

SECTION I: Signification et définition du mariage selon le droit musulman classique

46. Le mariage marocain revêt plusieurs significations qui cohabitent ensemble, une signification religieuse puisque c'est un acte religieux régi par des règles du droit musulman classique selon les préceptes du rite malékite (paragraphe I). Cette signification religieuse permet d'en extraire une autre signification légale puisque c'est un contrat légal. Cette dernière sera mise plus en avant afin de permettre d'institutionnaliser la relation matrimoniale et de l'adapter à la société marocaine à l'aube de l'indépendance (paragraphe II).

Paragraphe I : La signification religieuse du mariage marocain

47. L'institution matrimoniale marocaine revêt un caractère religieux comme « de tout temps et de toute civilisation, le mariage a certainement revêtu un caractère

⁵⁷ F. P. BLANC, *Le droit musulman*, Dalloz, 2^{ème} éd., p. 4

religieux »⁵⁸. Si dans quelques sociétés, essentiellement occidentales, il y a eu un processus de sécularisation du mariage, le Maroc a gardé le teint religieux pour définir et régir l'institution matrimoniale depuis la première dynastie musulmane qu'il a connue. Il considère le mariage comme un acte religieux (I). Parmi les spécificités de cet acte, l'importance essentielle que l'Islam a donné à l'aspect sexuel du mariage doit être soulignée. Ce dernier revêt une importance qui exprime l'originalité et l'esprit du mariage musulman et par conséquent du mariage marocain (II).

I- L'acte religieux

48. L'Islam attache une place cruciale au mariage : le Coran et la sunna posent la globalité des règles et soulignent l'importance de cette institution. Le prophète déclare : « Aucune institution islamique n'est plus aimée de Dieu que celle du mariage »⁵⁹. Les versets coraniques qui traitent du sujet sont nombreux ainsi que les références sunnites grâce aux dires et aux faits du prophète Mohammed.

« Un des signes est qu'Il a créé pour vous des épouses de votre espèce pour que vous reposiez auprès d'elles, et il a établi entre vous l'amour et l'affection mutuelle. Il y a là des signes pour un peuple qui réfléchit »⁶⁰.

« Il est le créateur des cieux et de la terre ; Il vous a donné des partenaires tirés de vous-mêmes et similaires. Il a établi parmi ses troupeaux des couples ; c'est de cette façon qu'Il vous multiplie »⁶¹.

49. Ces versets coraniques, parmi d'autres, constituent le fondement du mariage en Islam en définissant les objectifs que ce dernier doit tracer pour la société musulmane : L'épanouissement de la *oumma*⁶² islamique dont le noyau est la famille en parallèle avec l'arrivée de nouvelles générations qui vont transmettre les préceptes

⁵⁸ R. NAJI EL MEKKAOUI, *La Moudawana (Code de la famille.). Le référentiel et le conventionnel en harmonie*, t. I : Le mariage et la filiation. 3^{ème} éd. Bouregreg, Rabat, 2009, p.73.

⁵⁹ MUSLIM, *Sahih*. éd. Al Hadîth, n° 2485.

⁶⁰ Coran, sourat « Les Romains » ; verset 21.

⁶¹ Coran, "La Consultation" ; verset 11.

⁶² Explication dans le glossaire

religieux et assurer leur continuité. La sunna est aussi généreuse en *hadiths*⁶³ qui traitent du sujet. Ainsi, le prophète Mohammed a parlé à plusieurs reprises de l'importance du mariage « Mariez vous et engendrez une nouvelle progéniture afin que votre nombre augmente » ; « Oh vous les jeunes ! Que ceux d'entre vous qui ont la capacité de se marier alors qu'ils le fassent. Car le mariage aide à abaisser les regards et à préserver la chasteté » ; « Si tu es satisfait du caractère pieux et de la droiture d'un soupirant maries-toi avec lui »⁶⁴.

50. La société musulmane raisonne avec l'idée que la diversité du sexe a été conçue dans un but de complémentarité et de cohabitation. Le Coran rappelle aux fidèles que « toute chose nous avons créé deux éléments du couple... »⁶⁵. Cette règle éternelle s'applique aux hommes ; ainsi « Allah vous a fait à partir de vous-mêmes des épouses, et de vos épouses. Il vous a donné des enfants et des petits-enfants. Et il vous attribuera des bonnes choses. Croit-il donc au faux et nient-ils les biens d'Allah ? »⁶⁶. C'est pour cette raison que le mariage est considéré comme pratiquement obligatoire comme l'expriment les paroles du prophète « Quiconque parmi vous en est capables, doit se marier.. »⁶⁷.

51. De ces textes sacrés découle le principe selon lequel le mariage est l'union régulière qui devrait unir à vie deux personnes de sexes opposés, en vue de fonder une vie stable, de procréer et d'assurer la pureté de la progéniture, dans une parfaite cohabitation. Tout autre rapport charnel liant les hommes et les femmes ne peut être toléré en dehors de celui qui naît dans l'union du mariage. Il ne peut y avoir que cette forme d'union pour la création de liens familiaux. Ainsi le principe du mariage comme seul moyen possible pour la création de tout lien familial qu'il soit entre époux, ou entre enfants et parents a trouvé son fondement dans la société et dans le droit marocain.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ MUSLIM, ouvrage précité.

⁶⁵ Coran, Sourate 51; V. 49

⁶⁶ *Ibid.*, Sourate "Les Abeilles", verset 72

⁶⁷ AL BOUKHARI, *Sahih*, traduit par O. Houdas et W. Marçais, éd. Maison d'Ennour, 2007, t. III, p. 706.

52. Les textes religieux constituent le fondement de l'institution qui permettra aux juristes d'élaborer les règles juridiques pour définir sa nature. Le mariage est un acte juridique qui revêt un caractère religieux⁶⁸. Il est indispensable de comprendre la nature juridique de l'acte du mariage (A) pour apprécier sa spécificité (B)

A- La nature juridique du mariage en droit musulman

53. En plus du fondement purement social et religieux, le Coran et la sunna traitent de la structure juridique de l'institution du mariage. Avant de traiter des conditions de fond et de forme, des obligations des parties et des effets du mariage, le premier pilier de cette structure est que le mariage est d'abord un contrat. Selon le Coran, le « contrat de mariage le plus béni est celui dans lequel il y a moins de dépense »⁶⁹. La qualification contractuelle est ainsi consacrée de manière expresse.

54. L'analyse contractuelle du mariage islamique n'a jamais fait l'objet en tant que telle, d'études très poussées de la part des (*fukahas*), juristes. C'est surtout la polémique suscitée par l'analogie entre le mariage et la vente, inspirée des auteurs par l'exigence d'une dot (*mahr*) qui semble avoir absorbé leur énergie⁷⁰. L'occasion de traiter ce point plus en profondeur sera donnée dans une partie consacrée à la dot⁷¹. Il est adéquat de se contenter dans ce paragraphe de retenir l'élément contractuel en droit musulman (1) pour comprendre le contrat de mariage en particulier (2).

1- La classification des principaux contrats en droit musulman

55. D'emblée, il faut préciser qu'il n'y a pas, à proprement parler, de théorie générale des obligations en droit musulman comme c'est le cas en droit marocain actuel fortement inspiré du droit français.

⁶⁸ G. H. BOUSQUET, op. cit. p. 100.

⁶⁹ Coran, sourate « Les Abeilles », verset 72.

⁷⁰ Voir L. MILLOT, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Recueil Sirey, p. 267, Le professeur MILLOT fait une analyse extensive sur la théorie du mariage-vente pour en conclure de son non-fondement et arriver à sa réfutation ; contra : voir aussi M. MORAND, *Droit musulman algérien*, p. 115-127 ; S. HAERI, *Temporary marriage in Iran*, Taurus, Londres et les références citées par l'auteur, p. 30, il s'agit essentiellement du mariage temporaire connu par le rite chiite et interdit par l'Islam sunnite.

⁷¹ *Infra* n° 85 et s.

56. Les ouvrages du *fiqh*, science du droit musulman, traitent le sujet avec complexité et leurs auteurs puisant dans d'autres ouvrages plus anciens, extrapolent souvent, de sorte que le lecteur se trouve désorienté par la démarche adoptée. Il est possible de citer à ce propos la démarche consistant à multiplier les exemples afin d'illustrer une catégorie contractuelle en clôturant l'énumération par une exception⁷². Comme le remarque Mme EL HUSSEINI, « ceci à cependant l'effet malencontreux de rouvrir le débat alors que l'auteur termine sa démonstration. Ou encore la tendance qu'ont certains auteurs de tout remettre en question à coup de formules lapidaires, péremptoires et de pétitions de principes »⁷³. Ainsi l'étude de la classification des contrats en droit musulman n'est pas simple, il faut dire qu'une théorie juridique telle qu'elle est conçue dans le sens moderne du terme, n'existe pas chez les docteurs du droit musulman⁷⁴.

57. Mais en mettant la méthode de la rédaction à part, la tendance des juristes pour la classification des contrats est de réunir, schématiquement, diverses classifications en se fondant sur des critères parfois inattendus. Parmi les principales classifications figure la distinction entre contrat à titre onéreux (*'akd al mu'âwada*) et contrat à titre gratuit (*'akd al tabarû'*) ; contrat de transfert de chose (*tamlik al'âin*) et contrat de transfert de jouissance (*tamlik al manfa'a*) ; contrat valide (*a sahih*) et contrat nul (*al batil*) et enfin, le contrat irrévocable (*al lâzim*) et le contrat révocable (*ghayr al lâzim*)⁷⁵.

58. Parmi ces classifications, les deux dernières sont particulièrement intéressantes, elles permettent de comprendre la nature du contrat du mariage entre le mariage valide et mariage nul.

Il faut comprendre que la traduction de la terminologie arabe varie selon les auteurs, les deux contrats l'illustrent clairement. Si Monsieur Y. Linant de Bellefonds traduit

⁷² Voir dans ce sens les explications fournies par G.H. BOUSQUET, op.cit., chapitre 4 : Le fikh devant la science européenne (suite) : de sa structure, en particulier du point de vu du droit comparé, pp. 55-63.

⁷³ Voir, R. EL HUSSEINI, thèse précitée.

⁷⁴ G. H. BOUSQUET, op. cit., p. 99.

⁷⁵ S. MAHMASSANI, *Théorie générale des obligations et des contrats en droit musulman*, Dar al ilm lil malâyin, 2^{ème} édition, Beyrouth, p. 267.

les termes de « *lâzim* » et « *ghayr lâzim* » de révocable et irrévocable⁷⁶, d'autres traductions ont été proposées comme celles qui suivent : « annulable », « non annulable », « obligatoire » et « non obligatoire »⁷⁷.

59. En plus de la distinction entre contrat valide et contrat nul fondé sur leur validité, les juristes affinent le classement en y incluant une troisième catégorie : Celle des contrats « viciés » (*fâsid*). Ce dernier terme est souvent employé pour désigner aussi bien le contrat nul que le contrat vicié⁷⁸.

La distinction entre contrat *fâsid* et *bâtil* peut être comparée dans une certaine mesure à celle qui prévaut en droit français entre nullité absolue et relative⁷⁹. En effet, la différence se situe dans la couverture du vice. Ainsi le vice entachant le contrat *bâtil* ne saurait être couvert alors que le contrat *fâsid* est un contrat revêtu d'un droit de rescision qu'on appelle en droit musulman une « option » (*khiyâr*) permettant au bénéficiaire de confirmer le contrat ou de le dénoncer. Cette catégorie légale sous-entendue dans le contrat *fâsid* est désignée par le terme « option du vice » (*khiyâr al'ayb*). Le vice est couvert et le contrat est régularisé si la partie bénéficiant de l'option, découvrant l'existence du vice, renonce à s'en prévaloir. Si en revanche le bénéficiaire de l'option choisit de dénoncer le contrat, il pourra demander l'annulation ou la rescision du contrat ce qu'on appelle le « *faskh* »⁸⁰.

60. S'agissant des contrats valides, ils se subdivisent en contrat révocable (*ghayr lâzim*) et irrévocable (*lâzim*). La distinction dans ce cas se repose sur la « dissolubilité » de ces contrats. Les contrats irrévocables ne peuvent s'éteindre que par l'exécution des obligations réciproques ou pour les causes du droit commun d'extinction des obligations⁸¹ comme c'est le cas en droit marocain actuel ou en droit français. Un contrat irrévocable ne pourra être rompu de manière anticipée que par

⁷⁶ N. COMAIRE-OBEID, *Le contrat en droit musulman des affaires Economica*, 1995, Glossaire, pp. 208 et 209 Vis *ghayr lâzim* et *lâzim*.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ S. MAHMASSANI, *op.cit.*, p. 491.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ J. SCHACHT, *Introduction en droit musulman*, Trad. P. KEMPF et A. M. TURKI, Maisonneuve et Larose, 1983, p. 11.

⁸¹ S. MAHMASSANI, *op.cit.*, p. 485.

une convention de révocation conclue d'un commun accord entre les deux parties, le terme arabe adéquat à cette opération est la « *iqâla* » (*mutus dissensus*).

S'agissant des contrats « révocables » (*ghayr lâzim*), ils ont la particularité d'être affectés par nature d'une option (*khiyâr*) de révocation indépendamment de toute stipulation conventionnelle. Cette option peut être ouverte aux deux parties ou à l'une d'elles exclusivement. L'exercice de la faculté met fin au contrat uniquement pour l'avenir. Il s'agit donc en l'occurrence d'une clause de résiliation inhérente à la nature du contrat. Celle-ci dépend exclusivement de la volonté du titulaire. Elle s'exerce dans le consentement du cocontractant, sans l'intervention du juge⁸².

61. Ainsi la classification contractuelle en droit musulman obéit à une logique bien spécifique aux juristes musulmans qui n'ont négligé d'intégrer le contrat du mariage dans une des catégories citées.

2 - La classification du contrat de mariage en droit musulman classique

62. Il convient de relever parmi les différents rites, des divergences quant à la classification dans l'une ou l'autre catégorie déjà citées mais tous s'accordent pour admettre la division entre contrats « révocables » et contrat « irrévocables ». Pour mieux comprendre cette division, des exemples éclaireront ce propos. Ainsi peut-on citer parmi les contrats irrévocables : la vente, le bail, la donation ; parmi les contrats révocables réciproquement, le mandat, la société, le prêt, le dépôt... ; et enfin parmi les contrats révocables unilatéralement, le gage et le cautionnement, au profit du bénéficiaire de la garantie.

63. Quant au contrat de mariage, bien qu'il soit généralement considéré par les juristes musulmans comme un contrat « irrévocable » (*lâzim*)⁸³ c'est-à-dire non susceptible d'être rompu (*faskh*) par la seule volonté de l'une ou l'autre partie, cette classification persiste malgré la possibilité donnée au mari de rompre unilatéralement le contrat par le jeu de la répudiation.

⁸² S. MAHMASSANI, op.cit., p. 488

⁸³ *Ibid.*, p. 271

64. Effectivement, il est légitime de rapprocher la notion de *faskh*⁸⁴ de la répudiation dans la mesure où le *faskh* a pour effet d'anéantir le lien contractuel en général comme la répudiation met fin au lien matrimonial et par conséquent au contrat liant les époux. Cela est vrai même si les jurisconsultes ont prévu une objection en avançant que la répudiation n'est pas une « résiliation », pour nier, par principe, la révocabilité du mariage musulman.

65. Linant de Bellefonds avance une explication à cette attitude. Selon l'auteur, la distinction entre répudiation et *faskh* suppose que le mariage soit exempt d'option permettant à l'une des parties de choisir entre le *faskh* du mariage et sa confirmation. Sachant que ce procédé se déclenche dans le cadre d'un contrat de mariage, s'il est touché par une invalidité, la répudiation se distinguera en effet techniquement du *faskh* dans la mesure où elle met fin à un mariage valide alors que le *faskh* vise aussi bien un acte réputé valide dès sa naissance mais que la loi autorise sa résolution soit discrétionnairement soit pour une raison déterminée, qu'un acte nul. Concrètement le mariage dénué de vices fait partie de la première catégorie⁸⁵.

66. La même idée est soutenue par l'auteur ottoman Savvas Pacha qui a participé au débat doctrinal en tentant une classification, un peu sommaire, des contrats en droit musulman (en langue française)⁸⁶. Savvas Pacha reprend en effet la distinction communément admise entre contrats « révocables » et « irrévocables » en adoptant toutefois une terminologie ambiguë puisqu'il désigne ces catégories respectivement par convention « annulables » et conventions « non annulables ». L'auteur prend soin de ne pas utiliser le terme de « nullité » mais d'« annulabilité », terme qu'il qualifie de son propre aveu de " néologisme"⁸⁷. S'agissant du contrat de mariage, l'auteur écrit : « Le mariage est une convention. Il est conclu par l'accord de deux volontés. La volonté de l'homme représente l'offre (*idjâb*), celle de la femme l'acceptation (*qaboul*), il diffère cependant des autres conventions car il est annulable par l'une des parties, l'homme, sans que la femme puisse s'y opposer »⁸⁸. R. El Houssaini adopte

⁸⁴ Voir glossaire.

⁸⁵ Y. LINANT DE BELLEFONDS, *Droit musulman comparé*, Paris et la Haye, Mouton et Cie, 1965, n°754.

⁸⁶ SAVVAS PACHA, *Etude sur la théorie du droit musulman*, Marchal et Billard éditeurs, Paris, 1902

⁸⁷ R. EL HOUSSAINI, op. cit. p. 22.

⁸⁸ SAVVAS PACHA, op. cit. IIe partie, p. 128.

cette définition. Même si elle n'a guère eu de succès, l'auteur la considère plus satisfaisante puisqu'elle est plus réaliste et prend en considération le pouvoir du mari de mettre fin au contrat unilatéralement et sans conditions⁸⁹. Effectivement, cette définition est plus proche de la réalité du contrat du mariage, puisqu'il n'existe aucun empêchement hormis les effets de la répudiation, qui détournera la volonté de l'époux de rompre le lien conjugal.

B- La spécificité du mariage comme institution de droit musulman

67. Traiter le mariage marocain exige la référence au mariage du droit musulman. Le législateur marocain depuis l'adoption de la moudawana a été fidèle aux dispositions du droit musulman selon le rite malékite. Mais cette fidélité avait des limites. Ainsi, il a exclu certaines dispositions originales moins adaptées à la famille marocaine d'après l'indépendance du pays. Quelques coutumes d'origine religieuse ont cependant résisté à la volonté de l'évolution.

68. Le mariage islamique, fondement de la notion de famille dans les pays musulmans et au Maroc, connaît une intervention juridique limitée, suivant un formalisme réduit, en dehors de toute action de l'autorité publique, « en droit musulman classique, aucune intervention d'aucun représentant de l'autorité n'est requise »⁹⁰. Institution de caractère privé, obligatoire, polygamique, contractuelle et dissoluble, elle présente le type de l'acte légal ambivalent, situé à la limite séparative des (ibadate)⁹¹ et des (mu'âmalât)⁹², du droit rituel et du droit contractuel⁹³.

69. L'arrivée des règles musulmanes a pour but d'affirmer une transformation du système tribal que connaissait le monde arabe en un système familial⁹⁴. L'Islam a renforcé le lien conjugal, sans obscurcir le principe fondamental de la responsabilité

⁸⁹ R. EL HOUSSAINI, op. cit. p. 22.

⁹⁰ G.H. BOUSQUET, op. cit., p. 109.

⁹¹ Les actes religieux comme la prière ou le jeûne. Le terme est défini par Bousquet comme acte rituel, G.H BOUSQUET, op. cit., p. 109.

⁹² Les actes légaux comme le contrat de vente entre les parties.

⁹³ L. MILLIOT, op.cit., p. 284

⁹⁴ L. MILLIOT, op.cit., p. 284.

et de la liberté individuelle. Chaque membre de la famille jouit d'une pleine capacité juridique. Les facultés que la loi reconnaît au chef de famille et la nécessité de protéger ceux qui ne peuvent pourvoir eux mêmes à leurs besoins sont essentielles. L'idée de commensalité explique certains droits conjugaux, mais n'est pas déterminante dans la conception du groupement⁹⁵.

70. Pour comprendre au mieux l'originalité du mariage musulman, il faut s'intéresser à sa formation (1), sa nullité (2) et sa preuve (3). Chaque étape et chaque procédé regorgent de règles établies par les différentes écoles orthodoxes même si l'accent sera spécialement mis sur les solutions fournies par le rite malékite au vu de son influence sur le législateur marocain. Les auteurs qui ont réussi au mieux à décortiquer les règles du droit musulman selon les différents rites et essentiellement le rite malékite, sont Milliot dans son *Introduction en droit musulman*, Bousquet à travers son ouvrage *Le droit musulman* et Durant⁹⁶ dans son livre intitulé *Droit musulman, droit successoral*. Les trois auteurs ont réussi à saisir toute la complexité de la matière et nous décrivent les règles avec précision en s'inspirant des ouvrages essentiels du fikh⁹⁷. C'est grâce à eux, qu'il est plus aisé aujourd'hui de comprendre les différentes phases de la création du mariage musulman et ses effets.

1- La formation du mariage islamique

71. La compréhension de l'institution matrimoniale marocaine d'aujourd'hui, ne peut se faire sans connaissance des règles de droit musulman élaborées par les jurisconsultes et qui ont pour essence la *charria* selon le rite malékite. Elles constituent le fondement par lequel les juristes modernes ont élaboré un droit de la famille proche de la *charria* et en même temps, adéquat avec la société de notre époque. La formation du mariage constitue un champ diversifié de conditions de validité, certaines ont disparues et d'autres ont subie des modifications.

72. Tout d'abord et contrairement à la *moudawana* et au Code de la famille marocain, le droit musulman n'attache aucune espèce de force à la promesse de

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ B. DURANT, *Droit musulman, droit successoral*, Edi. Litec, 1991

⁹⁷ Sur les différentes références du fikh, voir G.H BOUSQUET, *op. cit.*, p.12 et s.

mariage⁹⁸. Les fiançailles n'engendrent aucun effet de droit, et lorsqu'elles sont intervenues, les parties conservent toute liberté de ne pas y donner suite. Ainsi, les fiançailles ne sont considérées que pour annoncer la volonté de se marier avec une personne et dissuader d'autres demandes comme cela est précisé dans le hadîth « que l'un de vous ne demande pas la main de celle qu'a demandé son frère ; qu'il attende que celui-ci épouse ou désiste »⁹⁹.

73. Le consentement au mariage doit être pur et simple, la condition suspensive n'est pas admise¹⁰⁰ mais « ce qui ne signifie qu'on doit exclure le terme et la condition »¹⁰¹. Le mariage est un contrat consensuel ne requérant aucune solennité, il ne comporte, théoriquement aucune « célébration » religieuse, le mariage se forme par l'échange de consentement des deux époux et de leurs représentants, en présence de deux témoins.

Cette définition du mariage islamique paraît très simple. En Islam, il est recommandé de faciliter l'accomplissement du mariage. Le *fikh* établit des règles libérales quand il s'agit de la formation du mariage. Les conditions de forme ne sont pas draconiennes. La forme écrite du contrat n'est pas exigée, il n'y a pas d'intervention d'une autorité étatique ou religieuse, la célébration prend la forme connue par la coutume des contractants¹⁰².

Paradoxalement, face à ce libéralisme, des conditions, des pratiques et des règles interviennent dans chaque étape de la formation du mariage. Les différents rites orthodoxes parmi lesquels le rite malékite, institutionnaliseront la création du lien matrimonial et imposeront des fondements juridiques concernant la forme (a) et le fond (b). Le législateur marocain même s'il s'inspire du droit musulman et de ses fondements, a élaboré des règles adaptées à la société marocaine moderne.

a- Les conditions de forme du mariage

⁹⁸ G.H. BOUSQUET, op. cit., p.108.

⁹⁹ AL BUKHARI, op. cit., n° 5144, p. 743.

¹⁰⁰ G.H. BOUSQUET, op. cit., p. 109 ; Voir F.P BLANC, op. cit., p. 44.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² L. MILLIOT, op.cit., p. 284

74. Le mariage musulman, comme signalé précédemment, ne suppose pas nécessairement l'intervention du juge, ou d'un représentant religieux, tel que l'imam, mais il est impossible de prétendre que c'est un contrat purement consensuel¹⁰³. Le consentement doit être donné devant deux témoins, dont la présence constitue une solennité de l'acte, car elle n'est pas requise seulement en vue de la preuve. Un mariage contracté sans témoins est, en effet, entaché de nullité¹⁰⁴.

75. Le consentement en droit musulman fait l'objet de règles diverses quant à ses formes. Si la règle générale est que le consentement du mariage doit être donné verbalement, il suffit que les paroles prononcées soient explicites et ne laissent aucun doute sur la volonté des parties contractantes¹⁰⁵ ; néanmoins il existe deux exceptions

La première concerne le consentement donné par une femme vierge. Cette femme est réputée consentante même si elle n'exprime pas verbalement son consentement, si, devant l'offre de mariage qui lui est adressée, elle a gardé le silence¹⁰⁶. Selon Bousquet, le consentement peut être exprimé soit par le silence de la femme soit par son sourire¹⁰⁷. Le consentement verbal sera nécessaire lorsque la femme vierge aura été reconnue majeure par son tuteur ou lorsque le juge aura autorisé le mariage, par suite du refus du wali de transmettre la demande en mariage. La seconde exception traite du consentement donné par un muet, celui-ci est autorisé à consentir par signes, pourvu qu'ils ne soient pas équivoques¹⁰⁸.

La deuxième exception traite du mandat. Selon la loi musulmane, le consentement peut être donné par un mandataire. Celui-ci devra alors consentir verbalement¹⁰⁹. Cette forme de consentement existe encore aujourd'hui pour les marocains résidents à l'étranger désirant se marier au Maroc. Il est intéressant de noter que le rite malékite a prévu un cas où cette forme de consentement est obligatoire.

¹⁰³G.H. BOUSQUET, op. cit., p. 109.

¹⁰⁴L. MILLIOT, op. cit., p. 306

¹⁰⁵L. MILLIOT, op. cit., p. 306.

¹⁰⁶G. H. BOUSQUET, op. cit., p. 109.

¹⁰⁷*Ibid.*

¹⁰⁸L. MILLIOT, op. cit. p. 306.

¹⁰⁹G. H. BOUSQUET, op. cit., p. 109

76. Le professeur Milliot nous éclaire sur le fait que la femme malékite, en effet, lorsqu'elle n'est pas soumise à la contrainte matrimoniale, doit consentir à son mariage. Mais elle n'a pas le droit de donner son consentement en personne ; elle doit recourir à l'intermédiaire d'un mandataire mâle ou du wali, le tuteur matrimonial imposé par la loi. Le wali en question ne peut être n'importe quelle personne choisie par la femme. Cette dernière doit s'adresser tout d'abord à son tuteur testamentaire, si elle en a un, à défaut, au plus proche des parents mâles, dans l'ordre de successibilité. Cet ordre doit être respecté et les degrés qui vont avec. Dans le cas contraire, le plus proche pourrait faire opposition au mariage qui serait considéré comme annulé. A défaut de parents mâles, la femme devra choisir pour wali, le cadî. A défaut de ce dernier, elle pourrait s'adresser à tout musulman, quel qu'il soit¹¹⁰.

Ce qu'il importe de retenir, c'est que la femme malékite ne peut prendre acte de son mariage sans tuteur, elle doit toujours se faire représenter par un wali. Celui-ci n'est jamais qu'un mandataire. Il ne peut donc consentir au mariage que si la femme l'y a autorisé et dans les conditions qu'elle a déterminées. D'ailleurs, Bousquet ajoute que « le wali de la femme, si elle doit consentir par son intermédiaire, aura dû recueillir son consentement devant témoins »¹¹¹. Si le mandataire excède ses pouvoirs, la femme n'est pas liée par un quelconque engagement.

77. Dans toutes ses formes, le consentement doit être pur et simple. En matière de mariage, le droit musulman n'admet ni le terme suspensif ou extinctif, ni la condition, suspensive ou résolutoire.

S'il admettait la condition suspensive, il aurait été amené à considérer les fiançailles comme liant les parties, avant la conclusion du mariage. Il n'admet pas non plus la condition résolutoire ou le terme extinctif : on ne peut se marier à terme¹¹². Même si le mariage à terme était une pratique courante à l'aube de l'Islam, le *khalifa* Omar l'a

¹¹⁰ L. MILLIOT, op. cit. p. 306.

¹¹¹ G. H. BOUSQUET, op. cit., p. 109

¹¹² F. P. BLANC, op.cit., p. 50. L'auteur qualifie le mariage temporaire comme un mariage entaché de nullité sauf chez les chiite.

interdit. Mais comme les décisions de Omar n'ont aucune autorité chez les *chiites*, ceux-ci considèrent toujours la validité des mariages à terme¹¹³.

Les orthodoxes ont interdit le terme et la condition, mais les autres stipulations demeurent licites, pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'essence du mariage et n'aillent pas à l'encontre des dispositions de la loi musulmane. Il est donc possible de prévoir des charges dans le mariage. En cas d'inexécution, le droit d'invoquer la condition résolutoire est inexistant, puisque le droit musulman l'interdit en mariage. Seule la dissolution du lien matrimonial pourra être demandée. Ainsi la femme peut grâce à une stipulation expresse dans le contrat de mariage obtenir la dissolution automatique du mariage dès que son époux contracte un deuxième mariage et entre dans une relation polygamique.

En revanche, il ne faut croire que, parce qu'une charte illicite est stipulée, il en résultera toujours une nullité des conventions matrimoniales. Cela dépend de la consommation. Cette dernière couvre la nullité, et les clauses illicites sont réputées non écrites¹¹⁴.

78. Enfin, signalons, que le conjoint dont le consentement est entaché de vice d'erreur ou violence peut demander la nullité du mariage. L'erreur sur la personne physique n'est prise en considération que lorsqu'il s'agit de certains défauts limitativement déterminés par la loi. Quant à l'erreur sur les qualités morales de la personne, elle ne vicie le consentement que si ces qualités font l'objet de stipulations particulières dans le contrat¹¹⁵.

79. Parler du consentement au mariage en droit musulman implique d'aborder le sujet du « *djaber* ». C'est une institution qui paraît très choquante mais il faut l'étudier avec un certain recul par rapport au contexte dans lequel elle a évolué. Il s'agit du droit du tuteur de contraindre au mariage les enfants qui sont sous son autorité. Ce droit n'a son fondement ni dans le Coran ni dans la sunna¹¹⁶. Un hadîth

¹¹³ L. MILLIOT, op. cit. p, 309 et s ; les chiite prévoit ce type de mariage appelé mariage temporaire « *mut'â* » interdit par les rites sunnites.

¹¹⁴ *Infra* n° 129 et s.

¹¹⁵ L. MILLIOT, op. cit. p, 309.

¹¹⁶ F. P. BLANC, op. cit., p. 44

provenant du sahih El-Boukhari insiste même sur le consentement de la future épouse : « le père pas plus qu'un autre, ne peut marier sans son consentement, la femme vierge et celle qui a été mariée. Quand un homme marie sa fille et qu'elle s'y refuse, le mariage est nul »¹¹⁷. D'ailleurs au regard de la manière dont le mariage est conclu, il ne peut y avoir consommation, tant que la femme n'a pas atteint un développement physique tel que la consommation puisse avoir lieu sans inconvénient pour sa santé¹¹⁸. Mais cette institution a été validée par les différents rites orthodoxes et le rite malékite en particulier qui reste le plus sévère concernant le *djaber* exercé sur la fille qui n'y échappe qu'après avoir perdu sa virginité de façon licite, c'est à dire après un premier mariage¹¹⁹, alors que le garçon y échappe dès qu'il a atteint l'âge de puberté¹²⁰.

Cette institution s'explique, dans les sociétés guerrières constituées de tribus, à haute moralité, comme le moyen de mettre les jeunes en situation de procréer, de leur faire connaître très tôt leurs futures belles familles, d'assurer des alliances profitables aux groupes¹²¹. Le *djaber* se justifie donc comme une survivance du régime familial patriarcal, qui est celui de la très grande majorité des sociétés musulmanes¹²².

Durant explique comment le rite malékite a traité le sujet et a donné le droit de *djaber* d'abord au père, quel que soit le sexe de l'enfant, à défaut de père, le droit est transféré au tuteur nommé par testament. Mais le tuteur n'exerce ce droit que sur ses enfants mâles. Pour les filles, il faut une clause testamentaire spécifique. Le père peut nommer la mère, pourvu qu'elle soit musulmane et apte à gérer une tutelle. La mère ne pourra cependant pas marier directement ses filles. Elle exercera le *djaber* par l'intermédiaire d'un wali, parce que le prophète aurait dit « qu'une femme ne marie pas une femme ». Elle ne pourrait contraindre au mariage que ses enfants mâles. A défaut de wali et de tuteur testamentaire, le rite accorde le droit du *djaber* au *cadi* qui ne peut exercer ce droit que sur les enfants mâles¹²³.

¹¹⁷ EL BOUKHARI, op. cit., n° 5138, p. 740

¹¹⁸ F. P. BLANC, op. cit., p. 44, l'auteur parle de la majorité par la puberté.

¹¹⁹ G.H. BOUSQUET, op.cit., p. 105.

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ B. DURANT, op. cit., p. 91

¹²² L. MILLIOT, op. cit. p. 297

¹²³ B. DURANT, op. cit., p. 91

Sur ce sujet, il y a une différence entre les rites. Si les malékites accordent ce droit au tuteur testamentaire, le rite hanafite n'accepte pas que le tuteur soit investi de ce droit. Une clause de ce genre serait nulle. Les commentaires justifient cette interdiction par la considération que le tuteur testamentaire est donné aux biens du pupille ; par conséquent, il n'a pas qualité pour disposer de la personne du pupille et le marier¹²⁴. Dès que l'enfant est pubère, qu'il soit garçon ou fille, on ne peut plus le marier contre son gré, son consentement est indispensable.

80. Ces derniers paragraphes nous démontrent la spécificité du consentement au mariage en droit musulman et spécialement selon la conception malékite. Les règles et les conditions de sa validité assurent une rigueur dans la formation du mariage islamique qui va à l'encontre du libéralisme de sa célébration. Il est évident que sa validité joue un rôle considérable dans la constitution d'un des liens les plus importants qui lient les musulmans entre eux, mais d'autres conditions n'échappent guère à la règle.

81. Ainsi les témoins, dont la présence est indispensable à la validité du mariage, doivent être au nombre de deux et doivent remplir certaines conditions.

Premièrement, ils doivent être pubères, c'est-à-dire âgés de 18 ans, selon le rite malékite et de 15 ans selon le rite hanéfite. Deuxièmement, ils doivent être musulmans. Cependant, les hanafites admettent que les deux témoins en cas d'un mariage mixte, puissent être chrétiens ou juifs, il n'est même pas nécessaire qu'ils soient de la religion de la femme. Troisième et dernière condition ; les témoins doivent être de sexe masculin, la règle dans le rite malékite ne comporte aucune exception : les femmes ne sont pas admises. Dans le rite hanéfite, par une large interprétation d'un verset coranique (II, 282), il est admis que l'un des témoins mâle puisse être remplacé par deux femmes.

Deuxièmement, les témoins doivent être présents à l'échange du consentement. Cette présence constitue une solennité de l'acte et c'est la seule solennité. D'après le rite malékite, les deux témoins doivent être présents à l'échange de consentement en principe, mais la loi sera considérée comme suffisamment observée si « les témoins

¹²⁴ L. MILLIOT, op. cit. p, 299

ont été présents au moment même de la conclusion du mariage ou au moment de sa consommation, c'est-à-dire au moment où la femme a été conduite au domicile du mari, et si, à ce moment, ils ont été invités à prendre acte de ce fait accompli en leur présence »¹²⁵.

82. Les conditions de forme se résument donc par l'échange de consentement devant deux témoins mais le mariage n'est valide que si les conditions de fond sont respectées.

b- Conditions de fond du mariage du droit musulman

83. Il ne s'agit pas de traiter toutes les conditions de fond qui sont aussi valables pour le contrat de mariage marocain, fortement inspiré du droit musulman, mais uniquement celles qui permettent d'apercevoir la spécificité du mariage institué par les jurisconsultes du rite malékite. Il convient de mettre l'accent sur les empêchements (i) en raison de leur originalité et parce qu'une majorité de ces règles n'ont pas été retenues par le législateur, malgré le rôle qu'elles jouaient dans la société marocaine. La dot sera traitée sous son aspect religieux qui fondera les règles qui la régissent après la codification du mariage¹²⁶ (ii).

i) - Les empêchements

84. Une des conditions de la validité d'un mariage islamique c'est qu'il n'y ait pas d'empêchement à ce dernier. On ne s'attardera pas sur certains empêchements

¹²⁵ KHALIL BEN ISHAQ, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de Malek*, Alger et Paris Maisonneuve 1956, 1962, 227, 146, 164 et 112 pages. V. Y. LINANT DE BELLEFONDS : « Le professeur Bousquet a pu achever avant son départ d'Alger, en 1962, la traduction du Mukhtasar de Khalil, qu'il avait mise en chantier dès 1956. Cet Abrégé de la loi musulmane est célèbre dans l'Ecole malékite, où il a polarisé tout l'enseignement du droit depuis six siècles quatorzième siècle de notre ère). Depuis cette époque, en effet, tous les auteurs malékites se sont bornés à la commenter et à la gloser dans des ouvrages qui vont de l'unique in-quarto jusqu'à la collection des huit volumes, de même format, écrits par Zurnâni. On s'explique difficilement la fortune d'une pareille œuvre. Conçue dans le même esprit que les nombreux « Résumés » destinés à tenir lieu de code, et que connaissent toutes les Ecoles juridiques de l'Islam, elle s'en distingue par sa rédaction elliptique qui confine parfois à l'ésotérisme ». *R.I.D.C.*, 1963, Vol. 15, N° 3, pp. 610-611. Ainsi l'ouvrage est pris en référence comme ici, cité par L. MILLIOT, *op.cit.*, p. 310.

¹²⁶ *Infra* n° 197 et s.

causés par la parenté, l'alliance, la fraternité par l'allaitement et d'autres parce qu'ils sont toujours en vigueur et qu'on consacrerait un paragraphe qui leur est destiné¹²⁷.

85. Mais avant d'entrer dans les détails, la première chose à retenir est que les empêchements au mariage peuvent être soit perpétuels, soit temporaires. Si le *fikh* considère la nullité absolue de tous mariages entre parents et alliés¹²⁸, les rites orthodoxes sunnites et chiites ont ajouté un autre empêchement permanent au mariage alors qu'il est temporaire chez les hanéfites¹²⁹. Il s'agit de « *li'ân* »¹³⁰, c'est-à-dire la séparation des époux à la suite de cinq serments d'anathème prononcés par le mari qui entraîne un empêchement permanent. Les époux dont le lien matrimonial a ainsi été rompu ne peuvent pas se remarier¹³¹. L'empêchement vient comme conséquence de ce mode de dissolution. Selon les hanéfites, le serment produit l'effet d'une répudiation révocable, qui permet au mari de reprendre son ex-épouse, alors que l'école malékite est plus stricte et donne plus de gravité à ce serment et à ses conséquences¹³².

86. Les empêchements qui sont intéressants et qui marquent la spécificité du mariage islamique sont pour la plupart temporaires. Le plus célèbre est l'empêchement religieux, il s'agit du cas où l'un des époux n'est pas musulman. Il faut distinguer entre l'homme et la femme. Si le musulman a droit de prendre pour épouse une femme chrétienne ou une femme juive, la femme musulmane ne peut se marier qu'avec un musulman. Cet empêchement est toujours en vigueur et il est d'actualité¹³³.

87. Le deuxième empêchement porte sur l'un des époux qui est en état « *d'ihram* »¹³⁴. Il s'agit d'un empêchement spécial en rite malékite. L'*ihram* est un vêtement revêtu par le pèlerin au moment où il pénètre dans le territoire sacré, c'est-à-dire à mi-chemin entre Djedda et La Mecque. À partir de ce moment, le pèlerin

¹²⁷ *Infra* n° 199 et s.

¹²⁸ G. H. BOUSQUET, op. cit., p. 102

¹²⁹ F. P. BLANC, op. cit., p. 44.

¹³⁰ Voir glossaire

¹³¹ F. P. BLANC, op. cit., p. 44.

¹³² L. MILLIOT, op.cit., p. 292

¹³³ *Infra* n°199 et n°594 et s.

¹³⁴ G.H. BOUSQUET, op. cit., p. 104.

doit conserver son ihrâm et ne peut s'en dépouiller qu'après avoir accompli toutes les cérémonies du pèlerinage ; il peut alors se marier¹³⁵. Dans le cas contraire, il ne peut conclure le mariage ni pour lui ni pour autrui¹³⁶. Les hanéfites n'admettent pas cet empêchement. Ils invoquent le hadith : « vous pouvez vous marier pendant le pèlerinage, pendant les cérémonies religieuses, et même pendant que vous serez à La Mecque ». Et ils ajoutent que le Prophète, lui-même usa de cette faculté, en épousant Maimouna alors qu'il était à la Mecque et qu'il portait l'ihrâm¹³⁷.

88. Le troisième empêchement interdit aux hommes qui ont quatre épouses de se marier avec une cinquième¹³⁸. À l'époque préislamique, le droit à la polygamie était illimité, depuis l'introduction de l'Islam, la polygamie s'est limitée à quatre épouses légitimes et le musulman ne peut avoir une cinquième sans avoir préalablement répudié l'une des quatre femmes¹³⁹. Cette limitation est instaurée par le Coran (IV, 3) et elle s'explique par la nécessité, pour le mari, d'assurer à chacune de ses femmes le traitement auquel elle a droit.

89. Le quatrième empêchement trouve aussi sa source dans le rite malékite. Lorsqu'un musulman a l'intention de demander une femme en mariage, si cette dernière est fiancée ou a déjà fait l'objet d'une précédente demande, sur laquelle elle n'a pas encore statué, ce dernier doit attendre pour formuler sa demande, que la femme ait statué sur la précédente. Il doit s'abstenir de surenchérir et son devoir est d'avertir le premier prétendant de son intention, afin que celui-ci puisse obtenir qu'il lui soit répondu sans délai. Le non-respect de cet empêchement entraîne selon l'imam Malek la nullité du mariage. Il proposera une deuxième solution qui consiste à valider le mariage malgré son irrégularité puisque conclut en mépris d'un empêchement légal. Enfin, il a émis l'avis que le mariage devrait être considéré comme nul pour le non-respect de l'empêchement légal mais valable s'il venait à être consommé¹⁴⁰. Enfin, selon Ibn Al-Kassim, l'empêchement n'est valable que si le deuxième prétendant est de condition égale ou inférieure au premier, dans le cas contraire, si le

¹³⁵ L. ROCHES, *Trente deux ans à travers l'Islam*, II, 1986

¹³⁶ I. AL QUAYRAWANI, *La Risâla* traduction Léon Bercher, éd. Iqra, p. 143

¹³⁷ L. MILLIOT, op. cit. 289.

¹³⁸ F. P. BLANC, op. cit., p. 42.

¹³⁹ *Ibid.*

¹⁴⁰ L. MILLIOT, op.cit., p. 292

nouveau prétendant est de condition supérieure, il peut formuler sa demande et le mariage est inattaquable. Cette dernière proposition peut paraître choquante et amène à assimiler le contrat de mariage à une vente, mais le désir du législateur musulman a été d'éviter les conflits et permettre à la femme un meilleur choix.

90. L'empêchement qui suit traite de « *l'idda* » et de « *l'istibrâ* ». *L'idda* est une retraite de continence imposée à la femme après la dissolution du mariage, soit par la répudiation, le divorce ou le décès du mari. Cet empêchement sert « à dissoudre la confusion de part ou de sang »¹⁴¹, en d'autres termes, à éviter d'attribuer à un second mari de la femme répudiée ou veuve la paternité d'un enfant né du premier mariage¹⁴². La retraite de continence de la femme répudiée ou divorcée est de trois mois. Cette contrainte ne s'applique plus si le divorce est annulé. Pour la veuve, la retraite est de quatre mois et dix jours. Celle-ci doit, pendant ce temps, respecter la mémoire de son défunt mari et cela même si son mariage n'a pas été consommé¹⁴³. Si dans le cas contraire, il y a eu consommation du mariage et que la veuve est enceinte, Milliot expose deux possibilités : dans le cas où elle accouche pendant la retraite, certains auteurs considèrent qu'elle n'est pas affranchie de retraite et que le mariage lui est interdit. Mais la majorité des jurisconsultes musulmans soutiennent le contraire et considèrent que l'accouchement pendant la retraite libère immédiatement la femme¹⁴⁴.

Cet empêchement est d'une importance cruciale parce que son non-respect n'a pas comme seule conséquence la nullité du mariage mais il va jusqu'à son interdiction perpétuelle s'il venait à être consommé¹⁴⁵. Ainsi, un nouveau mariage ne pourrait plus avoir lieu, même après l'accomplissement des délais normaux de la retraite de continence et la constatation que la femme n'est pas enceinte. Il est même interdit de demander en mariage, en termes explicites, une femme en état de retraite lorsqu'il s'agit d'une *idda* née d'une répudiation ; s'il s'agit, en revanche, d'une *idda* de veuvage, la femme peut être demandée ouvertement¹⁴⁶. La raison, comme le

¹⁴¹ F. P. BLANC, op. cit., p. 42.

¹⁴² G. H. BOUSUET, op. cit., p. 103

¹⁴³ F. P. BLANC, op. cit., p. 42.

¹⁴⁴ L. MILLIOT, op.cit., p. 292

¹⁴⁵ AL QUAYRAWANI, op. cité p151.

¹⁴⁶ Coran, Sourate II, V. 235

signalent les fukahas et telle qu'elle est expliquée par Al Quayrawani, est que le mari qui a répudié sa femme n'a plus de droits sur elle qu'un autre homme et qu'il peut aussi la reprendre pendant cette période de retraite. La demande ouverte en mariage à une femme répudiée n'entache pas le mariage de nullité car il s'agit ici d'un empêchement simplement prohibitif¹⁴⁷.

91. L'istibrâ est aussi une retraite de continence qui est imposée à la femme, mariée ou non, qui a entretenu, volontairement ou non, par erreur ou par violence, des relations licites ou non en dehors du mariage¹⁴⁸. Sa durée est d'une période de pureté menstruelle, quelquefois de deux périodes mais jamais de trois mois comme c'est le cas de l'idda. Après la fin de cette retraite, la femme, si elle n'est pas enceinte, peut se marier.

92. Le sixième empêchement est la répudiation irrévocable parfaite. C'est un empêchement d'une portée toute relative et toute temporaire. La répudiation irrévocable parfaite résulte de trois répudiations successives ou d'une seule formule dans laquelle sont englobées trois répudiations ; il s'agit de la répudiation triple. Après cette répudiation, le mari n'a plus le droit de reprendre son épouse répudiée à moins qu'elle épouse une autre personne et s'en soit ensuite régulièrement séparée. Cet empêchement ne touche que le mari qui a répudié pour la troisième fois la même femme et elle n'est que temporaire puisqu'il arrive un moment où il pourra la reprendre¹⁴⁹.

93. L'empêchement qui suit concerne la *mésalliance*. C'est une règle très originale et qui peut paraître choquante car elle permet d'éviter que des individus d'un rang social inférieur puissent, par le jeu du mariage, s'introduire dans des familles d'un rang social supérieur. En droit musulman, il est interdit de se mésallier, en d'autres termes le mariage doit être assorti. Dans le rite malékite, il n'y a pas de doute sur la certitude de cet empêchement. Mais selon certains jurisconsultes, le mariage est assorti lorsqu'il y a égalité de religion et de conduite ; pour d'autres dès

¹⁴⁷ AL QUAYRAWANI, op. cit., p. 151 à 155

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ AL QUAYRAWANI, op. cit., p. 143.

qu'il y a égalité pour les conjoints quant à l'attachement à la religion. KHALIL dit : « égalité de piété et de santé »¹⁵⁰.

C'est le rite hanéfite qui donne plus de précisions. On retrouve les modalités caractérisant la mésalliance dans le Code du statut personnel égyptien datant de 1869 modifié en 1949. Le législateur égyptien, inspiré par le rite hanéfite, estime que, lorsque les époux ne sont pas arabes, il faut qu'il y ait entre eux *égalité d'islamisme*, c'est-à-dire que les deux conjoints soient l'un et l'autre convertis à l'islamisme, ou fils ou fille de convertis, ou petit-fils et petite-fille de convertis. Si le futur conjoint est, au moins, petit-fils de converti, il est assorti à toute femme musulmane, quel que soit le nombre des ancêtres musulmans de cette dernière : on ne doit pas remonter au-delà de la troisième génération¹⁵¹. Paul Bourget affirmait lui aussi : « il faut trois générations pour faire un gentleman »¹⁵².

Il faut qu'il y ait aussi *égalité de fortune*. Quelle que soit celle de la femme, le mariage est considéré comme assorti si le mari est en situation de payer la dot immédiatement exigible et de subvenir aux besoins de la femme. Puis il faut une *égalité de moralité* et enfin une *égalité de profession*. Ce qui est exigé dans ce dernier cas, ce ne sont pas des professions identiques. Il faut que le futur mari et le père de la future épouse exercent des professions jouissant de la même considération.

Lorsque les époux sont d'origine arabe, l'exigence est supérieure. Il faut qu'il y ait entre les conjoints, égalité de naissance et de lignée, « égalité de noblesse », disent les textes. C'est ainsi qu'une femme descendante de la tribu de Corréich par exemple ne pourrait, sans déchoir, épouser un musulman non corréichite, même s'il est arabe. D'après les docteurs hanéfites¹⁵³, cette règle fléchit dans un seul cas, c'est lorsque le futur mari est un savant car « la noblesse acquise par la connaissance et le mérite est supérieure à celle acquise par la naissance »¹⁵⁴. Les savants sont considérés comme les héritiers du Prophète et les véritables détenteurs de la puissance religieuse.

¹⁵⁰ KHALIL, op. cit., voir L. MILLIOT, op. cit. p, 293

¹⁵¹ Code de statut personnel égyptien, article 64

¹⁵² Voir L. MILLIOT, op. cit. p, 294

¹⁵³ C.S.P.E, article 65

¹⁵⁴ C.S.P.E, article 65

Le mariage doit donc être assorti, mais la mésalliance ne constitue un empêchement qu'à l'égard de la femme. Un musulman peut épouser une femme de condition inférieure, cette infériorité ne frappe pas le mariage de nullité¹⁵⁵. Dans la conception musulmane, le mari a une situation prépondérante, car la femme, par son mariage, passe sous la dépendance de son époux. Les textes hanéfites sont formels à cet égard alors que les textes malékites sont explicites, mais n'admettent la nullité du mariage qu'à la requête de la femme ou de son représentant¹⁵⁶.

Pour savoir si les époux sont assortis, il faut se placer au moment de la conclusion du mariage¹⁵⁷. Si la condition du mari vient à s'abaisser au cours du mariage par exemple, l'infériorité de la condition du mari n'influe en aucune manière sur la validité du mariage¹⁵⁸.

94. Le dernier des empêchements découle comme de nombreux autres du raisonnement malékite. Les autres rites n'admettent pas son existence. Il s'agit de la maladie grave¹⁵⁹. Elle est définie comme celle se terminant normalement par la mort¹⁶⁰. Les raisons de cet empêchement sont que l'individu vivant le dernier stade de sa maladie a généralement une intelligence affaiblie, une volonté amoindrie. Il ne faut pas qu'une personne puisse profiter de cette situation pour lui arracher un consentement au mariage et s'assurer ainsi des droits dans la succession du malade. Ce mariage devrait être annulé d'office par le cadî et cela même si ce mariage a été consommé. Il s'agit donc bien là de protéger l'ordre social¹⁶¹.

95. Les empêchements étudiés démontrent la complexité ainsi que l'originalité de la formation du mariage en droit musulman. D'ailleurs, la charia intervient souvent et émet des règles qui ont un objectif commun, celui de l'harmonie au sein du groupe. Les procédés intellectuels guidant cette philosophie de l'union subsistent toujours et guident le choix d'époux et d'épouses entre grandes familles marocaines.

¹⁵⁵ C.S.P.E, article 62

¹⁵⁶ L. MILLIOT, op. cit. p. 294

¹⁵⁷ C.S.P.E, article 62

¹⁵⁸ L. MILLIOT, op. cit. p. 294

¹⁵⁹ G. H. BOUSUET, op. cit., p. 104.

¹⁶⁰ F. P. BLANC, l'auteur parle du « conjoint malade est en danger de mort », op. cit., p. 44

¹⁶¹ L. MILLIOT, op. cit. p. 295.

Certes, ces empêchements étaient écartés par le législateur mais ils n'ont pas connu ce sort dans certaines coutumes prises fortement en considération aujourd'hui.

ii)- La dot en droit musulman

96. La dot constitue dans le droit musulman une condition, sans laquelle il ne peut y avoir de mariage. Dans la logique islamique, la dot ne constitue pas un prix payé par le prétendant au père de la fille qu'il désire épouser, mais une condition de conformité du mariage qui reste la propriété exclusive de l'épouse qui en a la libre disposition et elle n'est nullement tenue à l'investir dans le ménage¹⁶².

97. Ainsi, la dot est le montant versé par le mari à son épouse. Pour ce qui est de la valeur du montant, deux récits contradictoires du Prophète Mohamed posent un problème. Selon le premier récit, il n'y a aucune limitation maximale pour la dot; selon l'autre, il aurait conseillé que la dot soit supportable¹⁶³.

98. L'essentiel est que tout mariage suppose une dot, condition fondamentale de sa validité. Tout mariage doit donc en contenir la promesse. Si rien n'a été dit, ou si une clause particulière de convention matrimoniale exclut la constitution d'une dot, le mariage est irrégulièrement contracté et selon les malékites, c'est un mariage vicié¹⁶⁴.

99. En droit musulman, la dot a un sens sublime et très métaphorique que les sociétés musulmanes à l'instar de la société marocaine ont mis à l'écart, de telle sorte qu'elle est devenue synonyme de spéculation et d'ostentation¹⁶⁵.

100. Il faut rappeler que dans l'esprit de l'Islam, la dot est synonyme de l'attachement affectif et de l'admiration éprouvée par le fiancé vis-à-vis de sa future épouse. Elle sert aussi de test et de preuve de la capacité financière de l'époux, partant

¹⁶² F. .P. BLANC, op. cit., p. 46.

¹⁶³S. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « Les régimes matrimoniaux en droits arabe et musulman –cas de l'Egypte et du Maroc: normes matérielles et normes de conflit», Institut Suisse de Droit Comparé de Lausanne, E-SDC n° 811.6.2007, éd: Eleanor Cashin Ritaine, Elodie Arnaud p. 16.

¹⁶⁴ L. MILLIOT, op. cit. p, 301

¹⁶⁵ R. N. EL MAKAOUI, op.cit., pp. 101-102.

de l'idée que c'est à ce dernier que reviennent la charge du foyer et la responsabilité morale et matérielle du ménage. Ainsi, la dot permet d'assurer à l'épouse et à sa famille des prédispositions du futur époux. L'exhortation au mariage est subordonnée, dans la logique islamique, aux capacités morales et financières permettant de constituer une famille équilibrée comme cela est exprimé par la sunna grâce au hadith¹⁶⁶ qui enseigne que seules les personnes dotées de la capacité d'assumer les conséquences du mariage et les responsabilités qui en découlent sont appelées à se marier.

La dot est également considérée comme un moyen de stabilisation des foyers, dans la mesure où, soumettant cette obligation à l'époux, ce dernier aura un attachement pour son épouse à qui, il a donné le meilleur de ce qu'il peut¹⁶⁷.

101. Ce sont donc les principales raisons théoriques qui ont fait de la dot une condition de validité du mariage dans le droit musulman. La pratique à travers les siècles et jusqu'à nos jours ne s'est pas toujours inspiré de l'esprit de la dot tel qu'il a été élaboré par le droit musulman en évinçant son sens noble et en gardant le sens financier de la dot.

102. Le droit musulman ne s'est pas seulement intéressé à la définition et l'objectif théorique mais, aussi à des modalités pratiques que les juristes¹⁶⁸ ont mis en œuvre.

103. Ainsi la dot doit être déterminée. Il ne suffit donc pas que l'acte de mariage stipule seulement que la femme a droit à une dot. Il faut qu'il en détermine le quantum, sans quoi elle pourrait être dérisoire. Le rite malékite admet toutefois un accord entre les époux postérieurement au mariage. Le montant de la dot pourra être fixé soit par eux-mêmes, soit par un tiers désigné par eux. La femme pourrait alors se refuser au mari tant que le montant n'aura pas été déterminé et demander la nullité du mariage. Si elle n'a pas pris la précaution de faire déterminer la dot avant la

¹⁶⁶ « Ô jeunes gens ! Quiconque parmi vous possède la capacité physique et les moyens financiers nécessaires au mariage, qu'ils se mettent en ménage... », hadith Ibn Massoud ; Voir El-Boukhari, op. cit., n°2494, p. 706.

¹⁶⁷ R. N. EL MAKAOUI, op.cit., p. 102.

¹⁶⁸ Tous les rites orthodoxes se sont intéressés à la dot.

consommation du mariage, la nullité se trouve purgée et la femme a droit à la dot paritaire¹⁶⁹. La dot doit être en rapport avec la condition sociale de la femme et avec la situation de la fortune du mari. La règle est que la femme doit recevoir une dot au moins équivalente à celle des femmes de sa famille et de sa condition, d'où l'expression de « dot d'équivalence »¹⁷⁰.

104. La dot doit être réelle, c'est-à-dire non fictive. Il se pourrait qu'en apparence la femme eût été dotée et même richement dotée. S'il n'y a qu'une apparence de dot, le mariage est considéré comme vicié, ce qui explique qu'il soit tenu pour nul¹⁷¹. Un exemple peut découler du mariage « *shighâr* », ou par compensation, lorsqu'« un homme donne sa fille en mariage à quelqu'un, à la condition que ce dernier lui donnera sa fille en mariage également et qu'il n'y aura pas de dot de part ni d'autre »¹⁷². Dans les deux mariages, il y a stipulation de dot, déterminée et sérieuse sauf que les deux dettes se compensent et aucun versement n'a lieu. Or, c'est à la femme que revient la dot. Elle lui appartient et en la circonstance, aucune des deux femmes n'est réellement dotée. Le bénéfice en va à chacun des deux maris et pères. Il y a là échange individuel de femme, souvenir du mariage patriarcal dans sa forme la plus ancienne.

D'après le rite malékite, un tel mariage est frappé de nullité.¹⁷³ Cette nullité se conforme au hadith : « un mariage sans dot est nul, quand même les deux pères se seraient mutuellement donnés leurs deux filles en mariage »¹⁷⁴. Pour les hanéfites ce mariage n'est pas vicié mais ils attribuent à chacune des femmes mariées la dot de parité¹⁷⁵.

105. S'il s'agit d'un mariage valable, la femme a droit à la dot au moment de la conclusion du mariage. Dans le rite malékite, on discute sur le point de savoir si la

¹⁶⁹ F. P. BLANC, op. cit., p. 46.

¹⁷⁰ G. H. BOUSQUET, op. cit., p. 107.

¹⁷¹ F. P. BLANC, op. cit., p. 47.

¹⁷² Hadith, EL-BOUKHARI, op. cit., n°5112, p. 728.

¹⁷³ F. P. BLANC, op. cit., p. 48.

¹⁷⁴ EL-BOUKHARI. Une autre traduction du hadith définissant le *shigar*, op. cit., note n°117.

¹⁷⁵ F. P. BLANC, op. cit., p. 48.

femme a, dès ce moment, la propriété de la dot. Sachant qu'elle a un droit de créance, si ce n'est plus, sur le montant intégral de la dot¹⁷⁶.

106. C'est le mari qui doit la dot, quand bien même il n'aurait pas consenti à son mariage et aurait été marié par son père, en vertu du droit du djaber¹⁷⁷.

Il existe la possibilité qu'une tierce personne s'engage au paiement de la dot au lieu et à la place du mari. Milliot éclaire cette situation¹⁷⁸. Dans ce cas, c'est la tierce personne qui est débitrice de la dot et c'est à elle que le montant devra être réclamé. Si elle s'est engagée sans prendre l'assentiment du mari, il y a lieu de considérer qu'elle a voulu faire à celui-ci une donation de valeur équivalente à la dot. Si elle s'est engagée avec l'assentiment du mari, certains auteurs musulmans sont d'avis qu'elle pourra recourir en remboursement de ce qu'elle a payé¹⁷⁹. Il se peut aussi qu'une tierce personne se soit simplement portée caution de l'obligation du mari. En droit français, en pareil cas, la caution aurait le bénéfice de discussion et, ayant payé, pourrait recourir contre le mari. En droit musulman, il y a une distinction entre les hanéfites et les malékites. L'auteur explique que si l'école malékite permet à la caution de disposer du bénéfice de discussion, cela a pour conséquence que la femme ou son représentant ne peut s'adresser directement à la caution qui peut les renvoyer à discuter avec le mari. Si le mari ne paye pas, la caution devra payer. Elle n'aura de recours que dans le cas où, lors du paiement, elle aurait expressément réservé son droit contre le mari. Chez les hanafites, le cautionnement est présumé solidaire. La caution n'a pas le bénéfice de discussion comme chez les malékites¹⁸⁰. La femme ou son représentant légal peuvent s'adresser directement à la caution et la mettre en demeure de payer, sans avoir préalablement discuté avec le mari. Celle-ci ayant payé, elle n'aura de recours contre le mari que lorsqu'elle se sera engagée avec son autorisation¹⁸¹.

107. Un mariage valide est celui qui réunit toutes les conditions de fond et de forme. Mais l'absence d'une d'elles n'a pas le même effet quant à la nullité du contrat

¹⁷⁶ Infra n° 198.

¹⁷⁷ G. H. BOUSQUET, op. cit., p. 108.

¹⁷⁸ L. MILLIOT, op. cit. p. 307.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ L. MILLIOT, op. cit. p. 307.

¹⁸¹ C.S.P.E article 101 et 102, et article 644 de la Madjallat.

matrimonial. Cette dernière peut être absolue ou partielle selon la condition manquante à la validité du contrat.

2 - La nullité du mariage islamique

108. En droit musulman, le contrat ne peut être que nul, imparfait ou parfait¹⁸². Le contrat est susceptible d'être nul, d'une nullité absolue. Il peut également être *fâsid* c'est-à-dire imparfait ou vicié. Il cessera de l'être par l'effet d'une circonstance extérieure au fond même de l'acte juridique. Il peut enfin être parfait, c'est-à-dire sain par sa nature sans jamais avoir cessé de l'être.

109. La nullité du mariage musulman a pour cause le défaut d'une des quatre conditions de sa validité¹⁸³ : absence d'empêchement, existence d'une dot, respect des conditions de forme concernant le consentement et présence des témoins. Devant un mariage nul, le juge n'a comme pouvoir que de constater la nullité. Cette dernière a un caractère radical puisqu'elle ne peut être couverte. Ayant une existence juridique, la sanction de l'irrégularité se fait par une répudiation formulée par le mari, sur l'ordre du juge ou par le juge lui-même se substituant en quelque sorte aux contractants¹⁸⁴. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une nullité, telle qu'on la connaît en droit français, mais d'une dissolution du mariage, sans rétroactivité. Même pour la nullité absolue, la rétroactivité a des effets limités. Le droit musulman, essentiellement réaliste, prend en compte les effets déjà produits par le mariage, notamment après sa consommation¹⁸⁵.

110. Reste à savoir quand le mariage est nul et quand il est irrégulier. Dans la plupart des cas, le mariage irrégulier peut être régularisé. Milliot explique qu'il en est ainsi des mariages controversés, c'est-à-dire des mariages que tous les rites considèrent comme irréguliers, mais sur le sort desquels, d'un rite orthodoxe à l'autre ou même au sein de la même école, on ne s'accorde pas¹⁸⁶. Reste que la distinction

¹⁸² *Supra* n° 55 et s.

¹⁸³ F. P. BLANC, op. cit., p. 50.

¹⁸⁴ L. MILLIOT, op. cit. p. 312.

¹⁸⁵ *Infra* n° 146 et s.

¹⁸⁶ L. MILLIOT, op. cit. p. 312.

entre des empêchements au mariage, permanents ou temporaires, est le meilleur indicatif pour distinguer entre la nullité absolue pour les premiers et la simple irrégularité pour les seconds. Mais Milliot soulève des exemples qui ne suivent pas la règle¹⁸⁷. Ainsi, le mariage par le même acte avec deux sœurs est considéré par les uns comme bâtil et par les autres comme fâsid. De même que les hanéfites considèrent que l'homme en ihrâm ne peut se marier mais ils ne vont pas jusqu'à frapper un tel mariage de nullité. Même constatation pour le mariage par compensation. De leur côté, les malékites laissent à leurs fidèles la liberté de se conformer ou non aux prescriptions de leur école. Les époux ont la faculté de régulariser ou de faire dissoudre leur mariage par le juge¹⁸⁸.

111. En définitive, il n'y a réellement nullité absolue, c'est-à-dire insusceptible d'être couverte, que lorsque la nullité résulte du Coran ou de la Sunna (a). Mais, il se trouve que le contrat est simplement irrégulier (b)

a- Le mariage nul

112. Le mariage est frappé de nullité absolue dans les cas suivants : tout d'abord, si un empêchement légal qui prohibe le mariage existe, c'est-à-dire la parenté au degré prohibé, l'allaitement, le mariage avec deux sœurs ou avec la sœur de l'épouse. Puis il y a l'incapacité d'un des conjoints par suite de l'existence d'un précédent mariage, le mariage déterminé dans la durée, le mariage de la femme répudiée par les trois formules avec l'ex-époux répudiataire, le mariage avec une femme en retraite de continence, le mariage contracté avec un malade grave et enfin le mariage d'un musulman avec une femme polythéiste ou d'un infidèle avec une musulmane¹⁸⁹.

113. Dans tous ces cas, la nullité ne peut être couverte et le juge doit la prononcer, que le mariage ait été consommé ou non. La rupture ne sera pas considérée comme une répudiation, « qui manquerait d'objet, puisque le lien du mariage n'existe pas en droit »¹⁹⁰. C'est le juge qui rompt le lien conjugal.

¹⁸⁷ *Ibid.* p, 313

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ F. P. BLANC, op. cit., p. 50.

¹⁹⁰ *Ibid.*

114. La déclaration de la nullité absolue produit les effets suivants : la femme entre en retraite légale si le mariage a été consommé, non dans le cas contraire. La paternité d'un enfant né d'un mariage nul est attribuée au mari. La filiation n'a ici pas pour cause le mariage mais les relations charnelles, lorsqu'elles font l'objet d'un monopole au profit d'un homme, ce qui est le cas¹⁹¹.

b- Le mariage irrégulier

115. L'irrégularité du mariage se constate dans les cas concernant la dot que les juristes musulmans appellent « les vices du don nuptial »¹⁹² : si la dot est inférieure au minimum légal, ou bien si elle n'est pas réelle mais seulement apparent ou si le terme du paiement est trop long. La dot doit être stipulée expressément dans le contrat et ne doit pas constituer une chose qui n'est pas dans le commerce ou purement interdite, comme le vin ou le porc. Enfin si la dot est compensée par un mariage shighâr, elle n'est pas valable puisqu'elle n'existe pas en réalité¹⁹³.

116. Outre ces cas d'irrégularités, Milliot complète la liste en incluant tout d'abord le cas du mariage contracté dans une période pendant laquelle le tuteur matrimonial ou l'un des futurs époux avait revêtu l'ihram puis le cas où le mariage est conclu sans tuteur matrimonial, ou que ce dernier est non musulman. En revanche, la femme non musulmane épousant un musulman peut avoir comme wali son père infidèle.

L'auteur rajoute encore le cas d'une demande aux témoins de garder le secret. A moins que de graves motifs n'imposent cette précaution, le mariage sera irrégulier. C'est le cas aussi, si le contrat contient des clauses contraires à l'essence même du mariage, par exemple, que l'un des époux désire expressément ne pas avoir d'enfant, ou que les conjoints ne vivront pas en commun ou qu'ils se verront seulement le jour. Il en va également ainsi dans le cas où le mari ne serait pas obligé de subvenir aux dépenses d'entretien de sa femme.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² *Ibid.* p. 51.

¹⁹³ *Ibid.*

Dans tous ces cas, il est de règle que le mariage peut être dissous par deux voies : soit à la demande des parties, soit *ex officio judicis*. Mais il en est ainsi uniquement lorsque le mariage n'est pas consommé¹⁹⁴.

117. En revanche, il y a des mariages tenus pour irréguliers et pour lesquels le droit d'exciper de l'irrégularité n'appartient qu'à certaines personnes énumérées limitativement. Ainsi, dans l'hypothèse d'un mariage contracté au mépris d'une précédente demande à laquelle il n'a pas encore été répondu, le prétendant évincé peut, seul, demander la dissolution. De même, peut seul exciper de l'irrégularité du mariage, en cas de mésalliance, l'époux mésallié. À l'inverse, il y a des hypothèses dans lesquelles le droit de provoquer la nullité n'appartient pas exclusivement aux personnes intéressées. C'est ainsi que dans le rite malékite, en cas d'un mariage contracté par une personne subissant une maladie grave et en danger de mort, le droit de provoquer la nullité du mariage n'appartient pas qu'aux héritiers frustrés, mais aussi au *cadi*. C'est que de tels mariages ne sont pas susceptibles de porter atteinte qu'au seul intérêt des héritiers présomptifs du conjoint, ils intéressent aussi la société. Il est donc nécessaire que le *cadi*, représentant l'ordre légal, puisse intervenir d'office, prononcer la nullité du mariage et séparer les conjoints¹⁹⁵.

118. En droit musulman, il n'y a pas d'équivalence au mariage putatif. Il est admis que le mariage est entaché de nullité, si, pendant le temps qu'il a duré, des enfants en sont nés, la filiation de cet enfant est établie aussi régulièrement que si le mariage a été valable. Le mariage encore que nul a donc la possibilité de produire des effets de droit.

119. Milliot explique cela par l'esprit réaliste qui caractérise le droit musulman, sans se préoccuper du fait que les époux soient de bonne foi. Dans le rite malékite, il existe pourtant une hypothèse dans laquelle on cherche si les époux ont été de bonne foi ; c'est lorsque la femme a épousé successivement deux personnes et qu'elle a consommé le deuxième mariage contrairement au premier. Dans ce cas, le second mari doit être de bonne foi en affirmant sa méconnaissance du premier mariage afin que ce dernier soit nul. Mais si la bonne foi est exigée par le rite malékite dans cette

¹⁹⁴ L. MILLIOT, op. cit. p. 319 et s.

¹⁹⁵ *Ibid.*

hypothèse particulière, ce n'est pas le cas pour les hanéfites. La solution est complètement différente puisque c'est le premier mariage qui reste valable. Le second est nul car contracté au mépris d'un empêchement légal. Enfin, si dans le cas de mariage irrégulier, le juge doit prononcer non la nullité d'un mariage mais simplement sa dissolution, les juristes, pour en décider ainsi ne prennent en considération ni la bonne foi ni la mauvaise foi des époux, mais seulement le fait de savoir si le mariage est controversé. Quand les effets produits sont ceux du mariage putatif en droit français le mariage existe dans le passé, mais il sera dissous pour l'avenir, en droit musulman, dans cette hypothèse, il sera régularisé pour le passé ainsi que pour l'avenir. En conséquence, rien, en réalité, dans le droit musulman, ne rappelle la théorie du mariage putatif.¹⁹⁶

120. Pour ce qui est de la dot, on distingue aussi si le mariage a été consommé ou non. En vérité, le rôle de la consommation dans la validité du mariage est très important. Le rapport sexuel entre les deux époux est un élément déterminant¹⁹⁷. Mais pour se prévaloir de ces droits, différents éléments de preuve sont mis en place.

3- Preuve du mariage

121. Le mariage en principe, en droit français, ne peut être prouvé que par la présentation de l'acte dressé à l'effet de le constater. La loi française manifeste à l'égard de la preuve testimoniale une très grande défiance, elle ne l'admet que de manière encadrée¹⁹⁸. Le mariage est quant à lui un acte éminemment solennel. Il suppose l'intervention d'un officier public, lequel prononce une formule déterminée afin de l'établir¹⁹⁹.

122. La loi musulmane raisonne différemment, la preuve testimoniale « est la preuve normale »²⁰⁰. Il est admis, quels que soient les enjeux et leur importance, qu'elle peut être employée pour combattre tout autre mode de preuve. Il est donc

¹⁹⁶ L. MILLIOT, op. cit., p, 320

¹⁹⁷ *Infra* n° 145 et s.

¹⁹⁸ Art. 46 du code civil

¹⁹⁹ Art 165 du code civil

²⁰⁰ F.P. BLANC, op. cit., p. 52.

naturel que le mariage puisse se prouver par témoignage, d'autant plus que le mariage musulman ne se valide que par un simple échange de consentement en présence de témoins.

123. Le mariage musulman se prouve, en principe, par témoignage de ceux présents à l'échange du consentement. Ces témoins, comme il a été déjà signalé antérieurement, doivent être pubères, sains d'esprit, libres, musulmans, tenus pour honorables, de sexe masculin et au nombre de deux.

Ce qui paraît intéressant dans le cas des mariages mixtes est que les hanéfites admettent que les deux témoins ne soient pas musulmans. Ils peuvent être soit chrétiens soit juifs. Il n'est même pas nécessaire qu'ils soient de la même religion que la future mariée. Ces témoins pourront, en toute évidence, être appelés à témoigner en justice du fait de la conclusion du mariage. Toutefois, leurs dires ne seront admis que s'ils viennent soutenir et confirmer la déclaration du mari ou du prétendu mari. S'ils le contredisent, leur témoignage ne saurait être pris en considération pour faire preuve du mariage. L'article 120 du Code du statut personnel égyptien le confirme, puisqu'il dispose que « Si deux juifs ou deux chrétiens viennent contredire les dires d'un musulman, leurs témoignages ne seront pas retenus à titre de moyen de preuve ». Leur témoignage ne prouve donc le mariage que dans un cas : si la dénégation est émise par la femme, non par le mari ou ses représentants.

124. La preuve doit résulter de deux témoignages. Un témoignage unique de la part d'un seul témoin ne constitue pas une preuve juridique complète mais n'est qu'un commencement de preuve, quelle que soit la valeur du témoignage et l'honorabilité du témoin.

125. Le mariage en principe, ne peut être prouvé que par un témoignage direct. Chez les malékites, on se contente pourtant des dépositions des personnes en présence de qui a eu lieu la conduite de la femme au domicile du mari. elles doivent avoir été requises de prendre acte de la conclusion du mariage avant la consommation ou au moment de la consommation, c'est-à-dire non pas la consommation réelle, mais la consommation présumée, la femme ayant été conduite au domicile du mari et qu'une entrevue privée régulière « *khilwa sâhihâ* » a eu lieu entre les époux.

Les exigences imposées par le rite hanéfite sont d'une difficulté qui rend parfois impossible de prouver le mariage par le témoignage direct, les témoins étant absents, ou très éloignés, ou décédés, ou interdits. Aussi, après avoir posé ce premier principe, les auteurs se sont retrouvés dans l'obligation d'admettre un certain nombre de modes de preuve subsidiaires.

C'est ainsi que pour les malékites, il est possible de se contenter des déclarations de personnes témoins des fêtes accompagnant normalement le mariage ou de la publicité donnée au mariage selon les coutumes et les habitudes des tribus et des régions. Les auteurs vont plus loin : le mariage pourra être prouvé par la commune renommée, mais seulement lorsqu'il s'agit d'un mariage existant depuis plus de vingt ans, et il ne s'agit pas d'un mariage ancien, lorsqu'il est impossible d'en faire la preuve directe. De même, si un écrit a été établi à l'effet de constater le mariage, cet écrit devra être admis comme preuve.

126. Il existe un autre mode de preuve admis par les hanéfites : le serment. Un exemple aidera à cerner la situation : un individu réclame une femme comme son épouse. Cette dernière nie le mariage. Le prétendu mari ne peut invoquer aucun des modes de preuve admis et il s'en tient à une simple affirmation. Dans ce cas, les disciples du rite hanéfite procèdent par la déférence du serment à la femme niant le mariage. Si elle prête le serment et affirme que le mariage avec cet individu n'a jamais existé, la prétention du demandeur est écartée. Si elle refuse le serment, le mariage est de plein droit considéré comme prouvé²⁰¹. Dans le rite malékite, ce mode de preuve n'est pas admis en cette matière. C'est que de manière générale, le rite n'autorise la preuve par le serment que dans les procès traitant des affaires d'ordre pécuniaire.

127. Enfin, le mariage peut être prouvé par l'aveu des deux ou l'un des conjoints. Les hanéfites tiennent le mariage établi par l'aveu des deux parties. Le rite malékite admet que la preuve du mariage peut être établie par l'aveu des deux parties mais à

²⁰¹ C.S.P.E, article 145 alinéas 2

condition qu'il n'y ait pas de présomptions contraires et que l'une des deux parties soit étrangère au pays.

128. Les règles du droit musulman que nous venons d'étudier, concernant la formation du mariage, sont celles qui ont façonné l'institution matrimoniale adoptée par les marocains musulmans. La pratique hanéfite apporte une version un peu différente. Le droit musulman est par conséquent très original de manière générale. Il se démarque du mariage tel qu'il est conçu par les droits occidentaux, notamment le droit français. La différence est encore plus remarquable quant à l'importance donnée à la relation sexuelle.

II- L'aspect sexuel du mariage et son importance

129. De manière surprenante, le mariage islamique n'est le plus souvent traité que par rapport à la seule dimension psychologique. Même les législations civiles n'ont retenu du mariage que cette dimension²⁰². Le mot à propos du Code civil pourrait leur être appliqué : « le corps humain n'apparaît pour ainsi dire jamais... : l'homme y est personne, c'est-à-dire pur esprit »²⁰³.

130. Il est évident que le lien matrimonial en droit musulman, comme il a été constaté, est très différent, dans sa conception, du mariage en Occident. Il est judicieux de rappeler que le mariage islamique a pour but de préserver l'espèce humaine en permettant les accouplements entre les hommes et les femmes dans la légalité. D'ailleurs, pour définir le mariage, les docteurs musulmans quelles que soient leur rite et leurs écoles usent du mot « *nikâh* »²⁰⁴. La définition de ce terme repose sur trois aspects essentiels : tout d'abord, l'aspect religieux, puis l'aspect physique et enfin la manière dont il place les époux dans une situation différente de l'association que l'on pourrait imaginer²⁰⁵.

²⁰² B. DURANT, op. cit., p. 84

²⁰³ CARBONNIER, *Le droit privé au milieu du XXe siècle*, Paris, 1950, p. 331

²⁰⁴ G. H. BOUSUET parle même du fait que le mariage est considéré par les docteurs comme un moyen licite d'avoir des relations sexuelles sans commettre le péché du *zina* (fornication). op. cit., p.100.

²⁰⁵ B. DURANT, op. cit. p. 84

131. Le mariage n'est pas un sacrement. Ghazali affirme que c'est « la conséquence d'une grâce admirable de Dieu qui a imposé à ses créatures un désir sexuel qui les oblige par là, malgré leur volonté, à assurer la continuité de leur descendance »²⁰⁶. Il est le seul moyen permis pour avoir des relations charnelles entre hommes et femmes. Il est donc ce contrat par lequel « la femme devient religieusement permise à l'homme »²⁰⁷.

132. La consommation du mariage obtient son statut et dégage son importance du fait que les relations sexuelles sont bannies, « Dieu a déclaré le désordre charnel religieusement interdit »²⁰⁸ (A) et cette importance va lui donner des effets juridiques importants pour tout ce qui concerne le mariage, de sa conception à sa dissolution (B).

A- L'importance de la consommation en droit musulman

133. La sexualité en Islam obéit à une morale peu différente de celle des autres monothéismes. En effet, « le lien charnel ne se conçoit qu'entre un homme et une femme, au sein d'une union légale qui transcende le coït, un mariage valablement formé et consommé »²⁰⁹. La relation sexuelle au sein du couple légitime est considérée comme une pieuse obligation, un bienfait conforme à l'ordre du monde et à la volonté divine²¹⁰. Comme le note Bousquet, « l'Islam, pourvu que les relations sexuelles soient légalisées, ne les voit pas d'un mauvais œil, tout au contraire de l'ascétisme chrétien »²¹¹. C'est ce qui donne sa spécificité au mariage musulman puisque le « célibat en soi est très loin d'être recommandé ni surtout considéré comme supérieur à l'état du mariage »²¹². Le Coran foisonne de versets glorifiant la relation sexuelle légitime. Deux versets connus décrivent la genèse de la vie fondée

²⁰⁶ Voir. GHAZALI, *Le livre des bons usages en matière de mariage*, (extrait de *L'Th'ya' Ouloûm ed-Dîn ou : Vervication des sciences de la foi*). Trad. L. Bercher et G-H. Bousquet, Paris, 1953, p.6

²⁰⁷ B. DURANT, op. cit., p. 80

²⁰⁸ GHAZALI, op. cit., p.6.

²⁰⁹ J. C. ROBERT, « Chapitre I : Les infractions sexuelles au Maghreb et le droit pénal » in, *Le droit maghrébin des personnes et de la famille. à l'épreuve du droit français*. Ed. L'Harmattan, 2009, p.13

²¹⁰ G. H. BOUSQUET, *L'éthique sexuelle de l'islam*, Paris, 1961, p. 30.

²¹¹ G. H. BOUSQUET, op. cit., p. 100.

²¹² *Ibid.*

sur la copulation. Le texte déclare : « Vos épouses sont pour vous comme un champ de labour. Venez-y comme vous voulez, et œuvrez pour vous-même à l'avance » ; « Elles sont un vêtement pour vous et vous êtes un vêtement pour elles... Cohabitez avec elles et cherchez ce qu'Allah a prescrit pour vous »²¹³. La production a une importance cruciale pour l'Islam mais ce n'est pas une fin en soi, la jouissance est reconnue comme une œuvre de piété, comme un ornement, telles les étoiles dans le ciel²¹⁴. Un très beau hadith va dans ce sens. Le prophète a dit : « Quand un homme regarde son épouse et qu'elle le regarde, Dieu pose sur eux un regard de miséricorde. Quand l'époux prend la main de l'épouse et qu'elle lui prend la main, leurs péchés s'en vont par l'interstice de leurs doigts. Quand il cohabite avec elle, les anges les entourent de la terre au zénith. La volupté et le désir ont la beauté des montagnes... »²¹⁵. La sexualité épanouie, est une des clés du mariage harmonieux, et la tradition musulmane ne cesse de le rappeler.

134. Cela explique l'hostilité de l'Islam pour toute relation charnelle illégitime. Il en est ainsi du zinâ qui est considéré comme une grave transgression menaçant le corps et l'ordre social. Après avoir éclairé l'importance de la consommation, il est judicieux de comprendre la nécessité de son interdiction dans le cadre dépassant celui du mariage (1) et de saisir les mécanismes directement liés à la consommation (2).

1- *Zinâ* et l'interdiction du désordre charnel

135. Le zinâ est un péché et il signifie fornication. En dehors du mariage, toute relation sexuelle est interdite et tombe sous le coup du péché du zinâ²¹⁶. Le Prophète a dit : « Mariez vous, celui qui ne peut le faire, qu'il jeûne, car le jeûne sera pour lui une castration »²¹⁷.

²¹³ Coran, « La génisse », 223 et 183-187.

²¹⁴ V. Coran, « Les ornements », 7. La sunna, à travers plein de hadiths va dans ce sens, Voir. AN-NAWAWI *Riad al- salihine*, trad. fr. D. PENOT, *Le jardin de la piété. Les sources de la tradition musulmane*, Lyon, 1991, p. 44 ; A. BOUDHIBA, *La sexualité en Islam*, 4^{ème} éd., Paris, 1986, p. 114, n°2.

²¹⁵ Cité par A. BOUDHIBA, op. cit. p. 110, Al- BOKHARI, « Sahih », trad. O. HOUDA et W. MARCAIS, *Les traditions islamiques*, Paris, 1903-1914, 4. vol. I, p. 178 et 184.

²¹⁶ F. P. BLANC, *Le crime et le péché de zinâ en droit malékite, l'exemple de l'Afrique du nord*, Droit, Histoire et Sexualité, 1987, p. 349-388.

²¹⁷ EL-BOUKHARI, op.cit., n°5065, p. 707.

Fait en effet partie du zinâ, tout acte sexuel accompli par une personne quelconque, pubère, avec une femme qui n'est pas son épouse²¹⁸. Cela ne signifie pas que les autres relations sexuelles, avec un impubère par exemple ou homosexuelles ou même avec un animal, sont permises. Ces relations sont réprimées et certaines d'entre elles sont classées dans la catégorie du zinâ et soumises à l'appréciation du juge²¹⁹.

136. Quand il y a constatation de zinâ, la peine est une peine de *hadd*, c'est-à-dire une peine prononcée par le Coran, que le juge ne saurait arbitrer lui-même. Elle est d'une sévérité redoutable : « celui qui est déjà marié, en d'autres termes une personne qui a déjà épousé une autre personne de sexe opposé et a consommé ce mariage valide, et qui fornique en dehors de cette relation légale, sera lapidé jusqu'à ce que mort s'ensuive. Le fornicateur non lié par un mariage, recevra cent coups de verges et sera banni »²²⁰. L'homme marié est considéré comme n'ayant pas le besoin naturel d'avoir des relations sexuelles hors de celles avec son épouse alors que celui qui n'est pas marié, vit une situation qui atténue la sanction. A vrai dire, « les Docteurs ont en théorie la *phobie* du crime de zinâ et de toute satisfaction d'ordre sexuel pour un musulman »²²¹.

Il est vrai que la sévérité de la sanction est effrayante et paraît inhumaine mais elle a un rôle plus préventif que répressif. Cela s'explique par la difficulté et les exigences de preuve draconiennes et les multiples échappatoires prévues par la loi²²².

Al Quayrawani énumère dans son ouvrage rissâlâ les preuves de l'inculpation du zinâ²²³. Tout d'abord, la preuve, qui se constitue soit par la grossesse, le témoignage ou l'aveu est particulièrement difficile. Le témoignage n'est valable que s'il est donné par quatre hommes libres, musulmans, pubères et d'une honorabilité testimoniale reconnue, qui attesteront qu'ils ont vu le membre du fornicateur comme « le style dans le pot à collure »²²⁴. Mais il ne faut oublier qu'il n'est pas recommandable de témoigner car « en Islam on n'aime pas le scandale »²²⁵ surtout quand il s'agit

²¹⁸ AL QUAYRAWANI, op.cit., p. 255

²¹⁹ G. H. BOUSQUET, op. cit., note p. 100.

²²⁰ AL QUAYRAWANI, op.cit., p. 253

²²¹ G. H. BOUSQUET, op. cit., note p. 100.

²²² AL QUAYRAWANI, op.cit., p. 255.

²²³ AL QUAYRAWANI, op.cit., p. 255.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ G.H. BOUSQUET, *L'éthique sexuelle de l'islam*, op.cit, p. 262

d'entacher l'honneur. Ce qui rend le témoignage difficile est que l'accusateur s'expose à une peine pour accusation calomnieuse qui va jusqu'à 80 coups de fouet s'il est incapable de fournir cette preuve légale²²⁶. Comme les témoignages doivent être portés en même temps il suffit que « l'un des témoins ne parfasse pas la description comme il est dit ci-dessus » pour que les trois autres, qu'ils l'auraient parfaite, encourrent la peine légale de l'accusation calomnieuse de fornication²²⁷.

137. Il reste un deuxième mode de preuve soulevé par Bousquet, qui est l'aveu. Ce mode de preuve n'emporte guère la conviction, tant le droit offre à celui qui fait l'aveu de moyens d'échapper à ses conséquences. La tradition montre que l'aveu doit être renouvelé, ne laissant aucun doute²²⁸, de même qu'il est loisible à l'intéressé de le révoquer, la fuite même étant interprétée comme révocation ; c'est Khalil qui dit que la fuite de l'intéressé « fût-ce durant l'exécution de la peine » vaut révocation. « Celui qui rétracte son aveu de fornication n'est pas inquiété et échappe à toute sanction »²²⁹.

138. Ces aspects relatifs à la preuve sont essentiels, comme le sont les développements que consacrent les auteurs au coït « par erreur ». Ils insistent sur l'élément intentionnel, excluant les actes commis par oubli, erreur ou ignorance, car ils montrent combien cette construction est largement destinée à demeurer inappliquée²³⁰.

139. Mais revenons aux relations sexuelles légales. Ce sont ces dernières qui donnent une signification au mariage musulman par différents mécanismes.

2- Les mécanismes directement liés à la consommation du mariage, le nikâh

140. Les docteurs en droit musulman et en application de la charia donnent une signification au mariage qui privilégie essentiellement le rapport entre ce dernier et les relations sexuelles en le définissant par le terme nikâh qui veut dire « coït » :

²²⁶ AL QUAYRAWANI, op. cit., p. 255

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ G.H. BOUSQUET, *L'éthique sexuelle de l'islam*, op. cit, n°63 et 65

²²⁹ AL QUAYRAWANI, op. cit., p. 255

²³⁰ *Ibid.*

« c'est le contrat par lequel on acquiert l'appareil générateur d'une femme dans l'intention d'en jouir »²³¹. Cette définition est restrictive par rapport au but et aux finalités du mariage. N'oublions pas que le rapport sexuel n'est qu'un des aspects du mariage, comme l'écrit Ghazali : il « sert à repousser les périls de la concupiscence... rend le regard chaste... préserve du péché l'appareil génital »²³². Le mariage permet aux hommes comme aux femmes de jouir des choses licites mais il n'offre pas que cela.

141. Les mécanismes liés directement à la consommation du mariage jouent un rôle tellement important, qu'il serait utile de séparer l'étude du mariage consommé de celui qui ne l'est pas encore, quoique conclu²³³.

142. On ne peut parler de mariage en droit musulman sans traiter la consommation. Les grands auteurs comme Khalil, Ibn Açim ou Al Qayrawani, n'ont pas consacré une section spéciale à ce sujet. La raison en est que la consommation du mariage n'est pas indispensable à la formation du contrat de mariage mais en même temps elle est omniprésente, par les effets qui s'y attachent, dans la vie juridique du nikâh. Elle génère des règles originales dans des domaines aussi variés que la date et le contenu des obligations qui pèsent sur les époux, les contestations de dot, les effets de l'annulation du mariage, ainsi que ceux de la répudiation ou d'une manière générale de la dissolution du mariage, et par voie de conséquence, dans le droit de succession.

143. Mais avant d'examiner les effets de la consommation, rappelons ce qu'est cette dernière. Il s'agit de la consommation effective, dont les effets sont importants puisqu'elle est susceptible de rendre obligatoire le paiement de la dot même si le mariage est nul, ou d'interdire d'épouser ensuite un des parents proches de leur conjoint²³⁴. C'est elle qui est prise en considération lors d'une répudiation avant consommation pour fonder la rupture de la vocation héréditaire²³⁵. Sauf qu'un réel problème se pose. La preuve de cette consommation effective n'est guère facile.

²³¹ B. DURANT, op. cité. p. 84.

²³² GHAZALI, op.cit., p. 32

²³³ G.H. BOUSQUET, *La morale de l'Islam et son éthique sexuelle*, op. cit., p. 79

²³⁴ *Infra* n° 198 et s.

²³⁵ B. DURANT, op. cit., p. 84.

Comment prouver la consommation surtout si la femme était déjà mariée ou a perdu sa virginité avant ? Il a paru indispensable de concevoir une autre forme de consommation.

Dans ces cas, Durant parle de la consommation présumée. L'idée est que le mariage étant conclu, les époux se retrouvant seuls en « tête-à-tête » dans un lieu isolé, la consommation est présumée. Cette dernière n'a pas les mêmes effets que la consommation effective²³⁶. Largement réfragable, la consommation présumée ne comptera pas pour la reprise des relations après répudiation, elle ne suffira pas à rendre la femme, répudiée trois fois successivement, licite à son ancien mari, elle ne fondera pas les interdictions de parenté, et surtout, elle ne produit d'effets qu'en cas de mariage valablement contracté²³⁷. La perte de la virginité reste le seul moyen de prouver une consommation effective. Cette dernière reste la seule susceptible de produire tous les effets de la consommation.

L'auteur n'oublie pas de rappeler que les contestations entre époux ne sont évidemment possibles que ce qui rend nécessaire l'établissement des règles permettant de trancher. Ainsi si le mari après une consommation présumée nie une quelconque consommation réelle, il ne paye pas la totalité de la dot à l'épouse, dans le cas où celle-ci affirme le contraire, il reste les modes de preuve qui peuvent aller de l'exigence des deux témoins, au serment fait par les époux²³⁸.

144. Après avoir défini les différentes consommations prises en considération lors d'un mariage musulman, il est possible de lever le voile sur leurs effets sur le mariage.

B- Les effets de la consommation sur les époux après la fin du mariage

145. La consommation du mariage produit des effets par rapport à l'appréciation de la validité du contrat du mariage. Il est indispensable de revenir sur cette partie mais en la traitant cette fois au niveau de la consommation du mariage. L'existence

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ B. DURANT, op. cit., p. 84.

²³⁸ *Ibid.*

de cette dernière produit des effets sur la validité du mariage et ses effets sont déterminants lorsqu'il s'agit d'un mariage irrégulier.

146. Comme il a été déjà expliqué, le mariage nul de nullité absolue ne peut être couvert, le juge doit prononcer sa dissolution et il ne peut prendre en considération la consommation du mariage²³⁹. En d'autres termes, la consommation n'ouvre aucun droit à la femme qui même en perdant sa virginité, n'a droit ni à un don de consolation, ni à la dot et les enfants issus de ce mariage sont considérés comme des enfants naturels.

147. Le mariage nul n'est pas toujours nécessairement et uniquement celui qui a été conclu en violation de la loi. Prenons l'exemple d'un homme qui se marie avec deux femmes parentes à un degré successivement tel qu'après avoir épousé la première, la seconde lui était interdite, et qu'on ne puisse établir l'ordre dans lequel les deux mariages ont été conclus. Tous deux sont déclarés nuls, bien que l'un d'eux, le second seulement, se trouve affecté. Bien que l'ordre des mariages conclus soit connu et que l'on sache, en conséquence, celui qui a été conclu en violation avec la loi, les deux mariages sont frappés de nullité si les femmes épousées descendent l'une de l'autre et si les deux mariages étaient consommés. Théoriquement, l'un des deux mariages doit être considéré comme valide, or s'ils étaient consommés tous les deux, ils sont tous les deux nuls²⁴⁰.

Pour les malékites, cette nullité entache les deux mariages contractés successivement par une femme, le premier subsistant encore au moment où le second a été contracté. Quand on ignore l'ordre dans lequel ils ont été conclus, les deux sont nuls. Toujours pour le rite malékite, lorsqu'une femme déjà mariée, mais dont le mariage n'a pas été consommé, vient contracter une nouvelle union, cette dernière est nulle puisque conclue au détriment d'un mariage antérieur légalement existant. Et pourtant, il est admis que si le second mariage est consommé par le second mari dans l'ignorance de la première union, il est valable. Seul le premier est frappé de nullité²⁴¹.

²³⁹ *Supra* n° 114.

²⁴⁰ L. MILLIOT, *op. cit.*, p. 313.

²⁴¹ *Ibid.* .

148. Pour ce qui est du mariage irrégulier²⁴², il est dissous soit à la demande des parties soit *ex officio judicis*²⁴³. Mais il n'en est ainsi que lorsque le mariage n'a pas été consommé. Dans ce cas, le lien conjugal est rompu, la femme n'est pas obligée de rentrer dans une retraite de continence. Elle ne doit aucune dot à l'époux et la rupture intervient non par un jugement mais par une répudiation prononcée par le mari sous l'ordre du juge. La femme doit rendre les cadeaux offerts par son mari en vue du mariage si les objets existent encore. En revanche, si un des conjoints est mort avant la répudiation, le survivant a droit à la succession²⁴⁴.

Dans le cas où la consommation a eu lieu, l'irrégularité est couverte, le fait illicite est considéré comme inexistant, le pacte illégal est réputé non écrit. La dot, dans le cas où elle est illicite, doit être restituée et remplacée par une dot convenable²⁴⁵. Les effets du mariage s'appliquent. La filiation des enfants nés de ce mariage doit donc être établie.

149. La consommation du mariage par les époux produit des effets déterminants non seulement sur la validité de leur lien matrimonial mais aussi sur celui du premier lien dans le cadre d'une famille polygamique. C'est pour cette raison que l'aspect sexuel du lien matrimonial mérite plus de développements. Cet intérêt est d'autant plus essentiel en raison de la perpétuité de cette importance devant un juge marocain aujourd'hui²⁴⁶.

150. Les effets de la consommation sont pris en considération par le législateur marocain. La moudawana depuis sa création en 1956 jusqu'à sa réforme en 2004 a respecté les règles du droit musulman dans le cas du mariage non valide²⁴⁷. L'article 58²⁴⁸ donne au tribunal la compétence de soulever d'office l'existence d'un mariage frappé de nullité. Si cette nullité est prononcée après la consommation, l'épouse a droit à la dot mais elle est tenue d'observer une retraite de purification. Le bénéfice du mariage putatif joue : les enfants seront rattachés au père.

²⁴² *Supra*, n° 115 et s.

²⁴³ L. MILLIOT, op. cit., p. 319.

²⁴⁴ F. P. BLANC, o. cit., p. 51-52.

²⁴⁵ F. P. BLANC, o. cit., p. 51-52.

²⁴⁶ C'est ce que rappelle F. P. BLANC, op. cit. p. 52.

²⁴⁷ Articles 56 à 64 du Code de la famille. 2004

²⁴⁸ Code de la famille. actuel, 2004

151. Le législateur ne pouvait omettre de préciser l'importance de la consommation vue sa place dans le mariage musulman. Elle intervient non seulement dans le cas du mariage non valide mais aussi dans le cas de divorce ou de répudiation et même dans le cas de succession. Sans consommation, la femme est privée de tout droit puisque sans elle le mariage est considéré comme inexistant²⁴⁹

152. Ainsi la célébration du mariage marocain obéit à de multiples règles instaurées essentiellement par le rite malékite. Pendant longtemps, ces règles étaient dictées par les juristes oralement de manière générale et à travers la coutume de chaque région²⁵⁰. La célébration du mariage n'obéissait pas à l'intervention d'une entité étatique qu'elle soit juridique ou administrative²⁵¹ et il n'y avait pas de code qui organisait l'institution matrimoniale. En préparant son indépendance, le Maroc entrait dans une nouvelle ère et le droit de la famille devait s'adapter par une codification et la constitution d'un texte légal pour le régir. Il fallait donner une signification légale au mariage qui sera inspirée par sa signification religieuse.

Paragraphe II: La signification légale : l'institution du mariage dans le Maroc moderne

153. Nous entrons dans un monde plus familier aux juristes occidentaux. Le mariage entre dans une autre sphère, ce n'est plus une institution religieuse encadrée par des coutumes mais il est sujet de lois et articles appliqués et imposés sur tout le territoire quelles que soient les régions, les usages et les traditions.

154. Ce paragraphe permettra de lever le voile sur l'évolution du mariage au Maroc, de voir comment il est passé d'une institution religieuse à une institution légale, comment la loi intervient et pour quelles raisons elle s'imposera face au mariage traditionnel.

²⁴⁹ Articles 56 à 64.

²⁵⁰ Voir dans ce sens, G. H. BOUSUET, *op. cit.*, p. 10 et p. 30.

²⁵¹ *Supra* n° 48 et n°74.

155. Il n'est pas évident, dans un pays comme le Maroc, constitué d'une population riche en diversité, très attachée à ses coutumes, d'imposer des lois et des règles touchant à l'évidence l'intimité, l'honneur et plus concrètement le fondement même de la tribu ou du clan. Il a fallu bâtir une législation progressivement et instaurer les mécanismes qui assureront son bon fonctionnement. Cela est un élément parmi d'autres qui explique l'attachement particulier du législateur marocain envers le droit musulman classique. Ainsi, il sera appréciable d'étudier l'élaboration de l'institution et pour cela, nous nous référerons à l'ouvrage d'Allal El-Fassi qui a dressé un panorama de la pratique matrimoniale du Maroc avant la codification du statut personnel (I). Cette étude permettra de comprendre les traits du débat soulevé pour définir les contours du mariage marocain à l'aube de l'indépendance du pays (II).

I- Le mariage marocain, son élaboration et ses principes fondateurs, l'œuvre d'Allal El-Fassi

156. La situation marocaine est très particulière. L'Islam et sa pratique à travers le rite malékite, n'étaient pas caractérisés par la fluidité et l'efficacité que peut fournir un texte codifié. Comme il s'agit d'un domaine aussi sensible, celui du mariage et de la famille, chaque ville, tribu, voire chaque famille, avait sa pratique et ses spécificités. Le Maroc, avant de penser à créer un cadre moderne régissant le statut personnel, se trouvait face à la priorité d'unifier ce statut et de créer un droit de la famille qui s'imposerait à tous les musulmans marocains, qu'ils soient arabes ou berbères.

157. Cette évolution s'est imposée dès la fin du protectorat français, pendant que le pays préparait son indépendance. La famille marocaine se trouvait impliquée dans le vaste processus de la modernisation du pays qui touchait tous les domaines. L'émancipation féminine perçait dans la vie du foyer et de la cité. La famille patriarcale ne pouvait qu'être influencée par cette évolution. Ainsi, Bormans d'écrire : « qu'elle fut citadine ou rurale, encore patriarcale ou déjà conjugale, la famille marocaine vivait alors trop de tensions internes pour ne point désirer la

guérison par une nouvelle définition de son idéal social »²⁵², il lui fallait des modèles et des réformes. L'inspiration s'est trouvée dans les codes occidentaux. Dans la doctrine marocaine, le premier à avoir abordé le sujet est Allal El-Fassi. Grâce à son ouvrage « Al Naqd Al Dâti », « L'autocritique », il a précisé quelques réformes juridiques que la société marocaine attendait en matière de famille. Une vague de travaux, de séances de réflexion a ensuite déferlé sur la scène sociale, juridique et politique marocaine.

158. Le sujet du droit de la famille au Maroc ne peut être traité sans consacrer une petite partie à l'ouvrage d'Allal El-Fassi. Ce penseur qui a joué un rôle essentiel dans le mouvement national, s'est investi d'une mission de rénover la notion de famille au Maroc, ce qui ressort dans ses conférences et ses publications tendant vers une nouvelle pensée pour une jeune génération qui ferait et vivrait le Maroc indépendant. Il est certain que M. El-Fassi était aussi connu par ses positions conservatrices visant à protéger l'identité musulmane marocaine²⁵³.

159. Mais son ouvrage présente un double intérêt. Premièrement, les solutions proposées par l'auteur sont toujours d'actualité, la question des rapports familiaux et essentiellement les rapports entre l'homme et la femme font toujours l'objet de débats dans la société marocaine actuelle. Deuxièmement, c'est un des rares ouvrages offrant une image de la pratique juridique familiale avant l'indépendance du pays.

160. C'est en 1952, au Caire, qu'il publia l'Autocritique²⁵⁴, son œuvre la plus importante, dans laquelle il tentait de faire le bilan des « questions qui se posent à la pensée » arabo-islamique au Maroc pour y porter remède en essayant de « penser l'idéal »²⁵⁵ dans tous les domaines. Ces perspectives étant posées, il lui était alors

²⁵² BORMANS, *Statut personnel et famille. au Maghreb de 1949 à nos jours*. Ed : 1977 Mouton, Paris, p. 176.

²⁵³ Allal El-Fassi a mené par exemple, une guerre contre les mariages mixtes entre la musulmane et le non-musulman en publiant deux articles intitulés « Pour la protection de la famille musulmane, les hauts fonctionnaires et le mariage mixte », *L'Opinion*, (quotidien marocain) du 13 mars 1974 et « Le mariage mixte, une atteinte à la souveraineté nationale », *L'Opinion* du 15 mars 1974.

²⁵⁴ 1^{ere} édition, Le Caire. Voir l'ouvrage de BORMANS, *Statut personnel et famille. au Maghreb*, op. cité. P. 178

²⁵⁵ Allal EL-FASSI, *L'autocritique*, Le Caire 1951, p. 77 et s.

loisible de présenter plus longuement le contenu de sa « pensée économique »²⁵⁶ et celui de sa « pensée sociale »²⁵⁷.

161. À l'occasion de cet ouvrage, El-Fassi faisait un bilan de la situation du Maroc sur plusieurs plans. Il aspire à la réflexion et à un examen de conscience tout en restant fidèle aux enseignements du Coran et de la sunna en toute matière posant problème. Bormans pense que l'auteur de l'Autocritique, « croit à un idéal à atteindre par le dépassement d'obstacle et l'écartement des vieilles conceptions routinières fausses et incomplètes dont il faut se libérer »²⁵⁸. Allal El-Fassi nous décrit un Maroc où le mariage dépend plus de la coutume de chaque région ou de chaque famille que des lois et des règles inspirées de la religion musulmane et selon les préceptes du rite malékite. Il appelle à un procédé d'approfondissement de la foi qui tend vers un Islam repensé et rajeuni qui soit un « mouvement » compatible avec le 20^{ème} siècle²⁵⁹. Allal El-Fassi consacre dans un quatrième volet, une partie importante au droit de la famille. Il exprime des idées constituant le fondement de l'élaboration de la moudawana du statut personnel du Maroc moderne et indépendant. Ce nouveau statut qui ne pouvait être élaboré sans que la situation de la femme marocaine fasse l'objet d'amélioration et d'émancipation pour répondre à la volonté de créer un Etat moderne.

162. Selon l'auteur de "l'Autocritique", « la famille marocaine est encore soumise à un certain nombre de facteurs sociaux contradictoires qui sont à l'image du système général du pays. La famille, au Maroc, et surtout dans quelques régions berbères, s'élargit parfois au point d'englober un nombre considérable d'hommes et de femmes, de garçons et de filles, au point d'aboutir au cadre d'une fraction [de tribu] alors qu'elle se réduit, dans les villes, aux dimensions qu'elle a habituellement chez [les nations civilisées]. De même l'autorité se diversifie selon les coutumes en usage au point d'accorder au frère de la femme tout pouvoir sur celle-ci et ses enfants, dans certaines régions, alors que dans d'autres, c'est l'époux qui en est le détenteur. Pendant que la femme est vendue et achetée dans un grand nombre de tribus et qu'elle

²⁵⁶ *Ibid*, p. 133 et s.

²⁵⁷ *Ibid*, p. 185 et s

²⁵⁸ BORMANS, op. cit., p. 176

²⁵⁹ BORMANS, op. cit., p. 176.

y est objet, et non point sujet, d'héritage, voici qu'elle se voit respectée dans les régions soumises à la loi religieuse, si bien qu'elle y jouit des droits et des devoirs qui lui sont reconnus d'une manière 'convenable'. Ce n'est là qu'une des manifestations de cette différenciation, dans le degré du progrès général qui s'est développé à partir de la période d'anarchie et de l'ère du tribalisme : ainsi une partie de notre pays restait ancrée à des systèmes historiques les plus archaïques pendant que l'autre est le témoin de la forme la plus récente de l'évolution et de la protection à laquelle la société soit parvenue »²⁶⁰.

163. Ce manque d'harmonie sociale dont souffre le Maroc s'est accentué, selon l'auteur par l'attrait qu'exerce l'Occident européen sur bien des familles. Il déclare que « l'orientation d'ensemble ne tend, généralement, qu'à emprunter à l'Occident, sous une forme qui parfois, s'accorde avec les intérêts de l'évolution, et qui d'autres fois, contredit cette dernière... C'est pour cela qu'il faut diriger (cet emprunt) selon une saine orientation afin que la famille, chez nous, ne soit pas sujette à cette désintégration et cette décomposition qui la menace dans les pays d'occident »²⁶¹. Aussi, « la famille marocaine a besoin d'une réforme profonde fondée, avant tout sur un regard renouvelé à son endroit, dans l'esprit des hommes et des femmes, c'est-à-dire sur la renaissance du principe d'un amour mutuel échangé qui garantisse la paix de l'âme et fasse du foyer honnête un lieu de repos au sens profond que le Coran entend donner à ce mot ». L'auteur précise même que « aussi faut-il extirper toutes les causes de troubles qui perturbent la paix familiale et corrompent les relations de ses membres. Il faut que l'homme considère la femme comme étant son associée pour la vie et son assistante dans l'accomplissement de ses devoirs. Il faut qu'à son tour la femme considère l'homme comme lui étant un associé et un protecteur »²⁶². Et si les réformes sont nécessaires à la famille, au Maroc, encore faut-il « jamais (les) considérer comme des marchandises que l'on peut importer de n'importe quelle origine »²⁶³.

²⁶⁰ A. EL-FASSI, op. cit., p. 200.

²⁶¹ A. EL-FASSI, op. cit., p. 201.

²⁶² *Ibid.* p. 202

²⁶³ *Ibid.* p. 201

Les mots d'Allal El-Fassi doivent être compris dans le contexte du Maroc avant et juste après l'indépendance. Prôner une égalité entre l'homme et la femme ne faisait partie que des fantasmes de quelques féministes. Il s'agissait plutôt de rendre la dignité à la femme marocaine, comme elle est exigée par les règles du droit musulman et du fikh islamique. Les réformes à entreprendre devaient se créer dans l'intérêt de la famille pour qu'elle devienne ce que veut l'Islam. Voilà la priorité d'Allal El-Fassi, l'application correcte de la religion musulmane et le retour à ses préceptes dans tout ce qui concerne le droit de la famille. Les réformes ne peuvent venir de nulle part, sous aucune influence qui n'est pas inspirée du droit musulman. Seul ce dernier est source de tout changement, développement possible dans le domaine du statut personnel marocain²⁶⁴. Aujourd'hui la question se pose toujours, la société marocaine revient à cette idée que c'est dans l'islam que se trouve la solution et les écrits d'El-Fassi sont redevenus d'actualité, ayant beaucoup d'admirateurs et cela même avant les "printemps arabes". Il est d'ailleurs très surprenant de constater que les sujets traités sont non seulement d'actualité mais encore qu'ils ne sont pas résolus.

164. L'ouvrage renferme une panoplie de réformes qui peuvent être facilement mises au goût du jour et parmi elles, l'auteur propose la suppression de ce qu'il nomme la prostitution, 'al-baghâ', qu'elle soit officielle ou clandestine, en s'attaquant à ses causes morales, économiques et juridiques. En traitant ce sujet, l'auteur saisit l'occasion de faire allusion à la question du voile et à la ségrégation des sexes. Il écrit : « sans nous étendre sur la question du voile, d'une manière positive ou négative, il est possible d'affirmer que la claustration de la femme n'est pas parvenue à l'heureux résultat qu'y recherchaient les Anciens. La femme voilée n'est pas moins exposée au danger de la prostitution que sa sœur dévoilée. Personne ne peut nier en quelle prostitution se débat notre nation, dans toutes ses villes et dans tous ses villages ». A vrai dire, le Maroc d'El-Fassi n'est pas très différent de celui d'aujourd'hui. La même corruption dont il fait l'objet règne toujours dans la société marocaine puisqu'il constate que « cela signifie que la corruption, au cœur même de la cité, là où les femmes sont voilées, n'est pas moindre qu'au cœur du village, là où les femmes vivent sans être voilées. Et cela sans parler de l'anomalie sexuelle que

²⁶⁴ *Ibid.*

nous constatons être la conséquence d'une ségrégation entre une « vie d'homme », vécue avec les hommes et une « vie de femme » vécue avec les femmes²⁶⁵. La société marocaine se doit donc de relever le niveau des intérêts de son peuple par l'instruction et l'éducation, d'assurer un travail décent et rémunérateur aux femmes qui ont à vivre en pleine indépendance et d'élaborer des lois qui viendront au secours de l'incapacité « du genre humain à se maîtriser lui-même » en interdisant toute prostitution, d'autant plus qu'il y a encore d'autres facteurs dans la lutte contre la prostitution dont il nous faut prendre conscience ». ²⁶⁶ Cette prostitution se révélait par des coutumes et des pratiques qui favorisent son amplification telle que le mariage précoce, certaines pratiques interdisant à la femme de se marier à un autre qu'un de ses cousins ou même les concubinages légaux tolérés par les tribunaux de char'a de l'époque et l'esclavage qui était, malgré l'interdiction religieuse, courant et coutumier²⁶⁷.

165. Allal El-Fassi a consacré un sixième chapitre à « la femme marocaine entre la coutume antéislamique et la pratique de la loi religieuse » où il décortique la situation féminine de l'époque au Maroc. Il nous éclaire sur les dangers du dahir berbère de 1930²⁶⁸ qui était considéré comme une réforme scandaleuse permettant aux régions berbères d'avoir une autonomie juridique par rapport au reste du royaume²⁶⁹. L'auteur parle de ce droit coutumier qui ne jouit ni de respect ni de la moindre dignité envers la femme : « la femme... Tout comme sa sœur d'avant l'Islam, elle est vendue et achetée, on ne considère en elle que la valeur marchande et la beauté physique. On refuse de la marier et on lui fait les pires misères jusqu'à qu'elle se rachète ; enfin on lui impose des travaux pénibles... On la contraint à suivre de nombreuses habitudes. On la prive de son droit successoral, de la garde de ses enfants et de bien d'autres choses qui dépassent en 'sauvagerie' et en 'ignorance' tout ce que l'intelligence peut imaginer ». ²⁷⁰ L'auteur ne craint pas d'accuser la société marocaine, le nom de son ouvrage porte tout son sens quand il ajoute que « si la

²⁶⁵ A. EL-FASSI, op. cit., p. 204-205

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 206

²⁶⁷ BORMANS, op. cit., p. 178

²⁶⁸ L'intégralité du texte relié par ce lien :

<http://www.unesco.org/culture/fr/indigenous/Dvd/pj/IMAZIGHEN/DAHIR%20BERBERE.pdf>

²⁶⁹ Voir L. OUTACHFIT, *Le Dahir du 16 mai 1930, dit "dahir berbère" au Maroc: le mythe et la fiction dans l'histoire du Maroc*, éd. Je Publie, 2010.

²⁷⁰ A. EL-FASSI, op. cit., p. 210

politique a son mot à dire quant au maintien d'un tel état de choses, nous avons, nous et nos devanciers, une part de responsabilité, étant donné que nous ne nous sommes pas préoccupés d'éclairer les esprits ni d'éduquer les personnes, dans le monde rural. L'étude et l'instruction étant réservées aux villes et à certains centres aristocratiques des milieux tribaux. Je ne doute pas, pour ma part que les détenteurs du pouvoir politique n'aient délibérément ourdi la chose, désireux qu'ils étaient, de soumettre ce peuple à leurs caprices et de laisser en état d'être un instrument facile à manier »²⁷¹. Cette autocritique audacieuse est nécessaire pour dresser un bilan clair de la situation de la famille marocaine comme Allal El-Fassi l'a connu. Il parle de ce Maroc qui « est pays d'Islam et fait partie de ces nations notoirement connues pour leur attachement à leur religion et à l'application permanente de ses prescriptions »²⁷².

166. À propos du fameux dahir berbère de 1930, l'auteur insiste sur ce que « toute réforme de la Famille marocaine est impossible sans la réforme de la condition féminine, et la femme chez nous ne verra pas sa condition pleinement réformée tant que demeurent en vigueur les coutumes berbères qui sont prescrites en notre pays. [Car] personne ne conteste qu'elles aillent à l'encontre de l'Islam comme des aspirations populaires »²⁷³.

167. Mais les critiques de l'auteur s'adressent tout autant aux pratiques qui se sont développées dans l'application de la loi religieuse elle-même, pratiques qui ont perdu tout sens comme les épreuves exigées par les jurisconsultes musulmans pour proclamer « l'émancipation ». Allal El-Fassi s'attaque à une pratique que nous avons traitée²⁷⁴ et qui selon lui exige une « réforme urgente » : djaber. Cette contrainte exercée par le tuteur, ordinaire ou testamentaire, sur la jeune fille vierge en vue de la marier à celui qu'elle accepte ou pas. Selon l'auteur, « 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

²⁷¹ *Ibid.* p. 211

²⁷² A. EL-FASSI. op. cit.

²⁷³ A. EL-FASSI. op. cit., p. 211.

²⁷⁴ *Supra* n° 79 et s.

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 »²⁷⁵.

168. Allal El-Fassi va plus loin puisqu'il ne condamne pas cette pratique que dans l'optique de protéger la fille mais aussi quand il s'agit des « faits » du djaber exercés au détriment de jeunes gens : « l'homme également a besoin qu'on défende, pour lui ce même droit, car les traditions marocaines sont bien près de contraindre l'homme lui-même à épouser celle qu'élisent pour lui ses proches parents, d'autant plus qu'il ne lui est pas loisible, la plupart du temps, de rencontrer celle qu'il demande au mariage »²⁷⁶. Plus grave encore, selon lui, cette coutume « jalousement sauvegardée en certaines de nos cités civilisées, et surtout à Tétouan [au nord du Maroc], de marier les filles mineures, ou de les promettre en mariage, puis réaliser la chose longtemps après. À peine la fille arrive-t-elle à l'âge de la puberté qu'elle apprend alors que ses tuteurs l'ont livré à un fiancé de beaucoup plus âgé qu'elle, la plupart du temps »²⁷⁷.

169. L'auteur, en soulignant les méfaits d'une telle institution, conduisait vers un esprit réformiste qui se situe au-delà des querelles des écoles et rites et va vers un *ijtihad*²⁷⁸, une réflexion. Il ne se contente pas de dénoncer les méfaits qui ravagent la société marocaine par suite du mariage des mineurs, il proclame l'importance de créer des lois qui mettront un terme à de telles pratiques. Selon lui, « si nous réproverons le mariage des filles mineures et la contrainte dont elles font l'objet, l'intérêt réclame-t-il de nous contenter de prêches et de déclarations ou ne serait-il pas plus efficace de confirmer la chose par une limitation juridique qui pourrait intervenir en se réclamant [de] l'intérêt de la femme et de l'intérêt de la famille ? »²⁷⁹. Par suite, « le principe d'une limitation d'âge doit être reconnu fermement : il nous est possible d'interdire de marier tant la femme que l'homme avant qu'ils aient quinze ans révolus, car c'est l'âge ordinaire de la puberté, pour les deux sexes, chez nous »²⁸⁰.

²⁷⁵ A. EL-FASSI, op. cit. p. 212

²⁷⁶ *Ibid.* p. 212.

²⁷⁷ A. EL-FASSI, op. cit. p. 212-213

²⁷⁸ Voir le glossaire.

²⁷⁹ A. EL-FASSI, op. cit. p. 213 L'auteur cite l'exemple de la France et de l'Égypte, pour conclure : « La plupart des nations civilisées aujourd'hui adoptent le deuxième point de vue »

²⁸⁰ *Ibid.*

L'âge de quinze ans proposé par El-Fassi est un âge précis qui marque le début de la puberté et donc de la capacité d'avoir des relations sexuelles et de pouvoir enfanter. Il n'est pas partisan d'un âge plus élevé : « il est naturel que le pubère ait la faculté de se marier, sinon cela signifierait qu'on veut le maintenir dans les rails de la prostitution... »²⁸¹.

170. Allal El-Fassi ne manquera pas d'aborder l'état de santé des futurs époux. « Ils ne doivent être atteints d'aucune maladie, contagieuse ou inguérissable. Cela signifie qu'il faut prescrire la production d'un certificat médical confirmant la chose avant la conclusion du contrat »²⁸².

171. Quant à la dot, l'auteur signale que « s'il faut se refuser à la considérer comme le font les nations européennes et chrétiennes²⁸³ et s'il convient de rappeler son caractère de « pure libéralité » en se référant à Shaykh Muhammad 'Abduh, qui « a bien établi qu'elle était l'erreur de ceux qui pensent que c'est là une contrepartie pour la jouissance qu'on en attend, car le lien qui unit les époux est bien plus élevé et plus noble que celui qui unit l'homme à sa monture, d'autant plus que le terme 'libéralité' prouve qu'il s'agit ici d'un don sans contrepartie »²⁸⁴.

L'auteur continue en insistant sur le fait qu'il faut surtout redire envers et contre tous qu'elle « appartient à la femme elle-même : elle y a recours pour meubler son intérieur et l'utilise [comme elle l'entend]. Il n'est donc permis ni à son tuteur ni à tout autre que lui, de stipuler dans le contrat qu'il prendra pour lui une partie de la dot ou quelques bien qui seront donnés en plus... Cela établit suffisamment combien est odieuse la coutume qui a cours en beaucoup de tribus arabes, au Maroc, puisque le père ne donne à sa fille son douaire qu'après y avoir prélevé ce qu'on appelle la *mûkla* : il s'agit d'une certaine quantité de biens ou des réserves alimentaires »²⁸⁵.

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² *Ibid.*

²⁸³ A. EL-FASSI, op. cit., p. 214. Celles-ci mettent la dot à la charge de la jeune fille, laquelle très souvent selon l'auteur, ne peut pas se procurer son montant par des moyens licites, ce qui l'amène donc, à tenter de l'acquérir par des moyens illicites

²⁸⁴ A. EL-FASSI, op. cit., p. 214

²⁸⁵ *Ibid.*

172. L'auteur traite aussi de la célébration du mariage. Faisant preuve d'une fidélité absolue à la tradition musulmane des origines, il refuse toute célébration du mariage comme en France et d'autres pays occidentaux ou à toute réforme comme celle du législateur égyptien qui exige une « notoriété légale » : « Chacun sait qu'il est 'recommandable' de rendre notoire le lien conjugal, mais pour la validité de l'acte, la loi musulmane ne stipule rien d'autre que l'identité des tuteurs et des deux témoins, de même que l'Islam ne stipule pas que le mariage se déroule devant un fonctionnaire spécial, ni au siège du juge ou du chef religieux »²⁸⁶. Ce que l'auteur refuse et dénonce ce sont aussi les coutumes « stipendieuses » à l'occasion des noces dans les grandes villes surtout à Fès : « la concurrence à laquelle on se livre en ces cérémonies (de mariage) fastueuses qui mettent en jeu bien-fonds et descendance, de même qu'elles sont la ruine des fonds ruraux : seuls pourrait extirper [cette habitude] une législation réglant le rite des noces et interdisant de dépasser les limites qu'elle fixerait »²⁸⁷.

173. Toujours dans cet attachement à la loi musulmane. Allal El-Fassi considère le mariage comme « obligatoire », d'où son projet d'impôt sur les célibataires : « Nous estimons nécessaire de prescrire des impôts aux célibataires qui ont plus de 25 ans et ne sont pas toujours mariés, alors qu'ils n'ont aucune excuse juridique »²⁸⁸. Cette proposition originale démontrant l'intérêt de l'obligation du mariage n'était pas considérée comme choquante ou audacieuse à l'époque où elle était proposée. L'imposer aujourd'hui est tout simplement impossible.

174. Mais cette ferveur envers le mariage et cet attachement au droit musulman classique ne rendent pas Allal El-Fassi tolérant envers le phénomène de la polygamie. Il consacre d'ailleurs, un chapitre pour démontrer les méfaits de cette institution. Il commence par rappeler que « la polygamie au-delà de quatre épouses a été interdite par un texte explicite (du Coran) pour une raison bien connue, à savoir ne pas spolier les orphelin(e)s... »²⁸⁹. De fait, « il est absolument interdit de prendre plusieurs épouses si l'on craint d'être injuste et il est permis d'en prendre jusqu'à quatre quand

²⁸⁶ *Ibid.* p. 215. L'auteur considère que ce type de célébration est une coutume anti-islamique.

²⁸⁷ *Ibid.* p. 216.

²⁸⁸ A. EL-FASSI, op. cit., p. 219

²⁸⁹ *Ibid.*

on a la certitude de pouvoir être équitable »²⁹⁰. Cette institution malgré le fait qu'elle fait l'objet de plusieurs conditions et réglementations au sein de la loi musulmane, reste toujours soumise à une appréciation subjective car « l'expérience nous apprend... qu'à l'exception des tout premiers siècles, la majorité des musulmans ont toujours utilisé la polygamie en dehors de son cadre juridique ». Ils citent tous les conséquences de l'abus des mariages polygames : « que de familles anéanties, que d'héritiers privés de leurs droits, que d'enfants frustrés de l'affection de leur père parce que celui-ci ne tient compte que de la deuxième épouse, que d'homicide et d'empoisonnements ont lieu, que des crimes de toutes sortes sont commis pour dresser une partie des enfants contre leurs frères, combien d'enfants éduqués loin de la maison paternelle »²⁹¹. Allal El-Fassi affirme avec courage que « quoi que l'on dise des bienfaits de la polygamie dans une certaine conjoncture, publique ou privée, je considère, quant à moi, que l'intérêt islamique et social exige que l'on l'interdise à l'époque actuelle, [car] aujourd'hui, les préjudices dont souffrent la famille et d'autres institutions, par suite de la polygamie, sont devenus flagrants et personne ne peut le nier... Certes je ne prétends pas que cette interdiction soit la perfection de la loi (musulmane) telle qu'elle est promulguée, comme le prétendent certains. La loi musulmane est déjà parfaite sur ce sujet comme sur tout autre, car le Coran dit explicitement que la polygamie est interdite quand on craint l'injustice »²⁹². L'auteur ajoute que « le mauvais usage que nous faisons de la polygamie est devenu un objet de critiques pour beaucoup d'ennemis de l'Islam, lesquels y ont trouvé un argument contre notre religion ». Il constate que « le terme même d'équité évolue avec le temps et selon le lieu : il y faut tenir compte, sans cesse, de la coutume ; or l'équité, en matière conjugale, a vu sa signification s'amplifier. La polygamie a fini par apparaître aux yeux des musulmans chinois et russes, bien avant le communisme, ainsi qu'aux yeux de beaucoup d'Arabes et de la majorité des femmes du monde entier, comme une injustice à l'égard de la femme »²⁹³.

175. Enfin dans un chapitre consacré aux « droits civils des femmes », l'auteur de l'Autocritique reconnaît que les musulmans n'ont pas toujours respecté les droits que

²⁹⁰ *Ibid.*

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² A. EL-FASSI, op. cit., p. 220.

²⁹³ *Ibid.* p. 221.

l'Islam authentique accorde à la femme comme les droits patrimoniaux, le droit d'agir librement ou celui de remplir certaines fonctions publiques. Il convient donc que « son nom, après le mariage, ne se change pas en celui de son époux », qu'on lui reconnaisse la gestion de ses biens. En effet, pour l'auteur, « la femme marocaine est devenue l'objet des complots ourdis par toutes les classes sociales en vue de la priver, par voie de ruse, des droits les plus simples. Il n'était plus possible, pour la fille, dans la majorité des grandes familles, de prendre la totalité de sa part en cas d'héritage, car les hommes de sa parenté usaient de ruses à ses dépend par le moyen d'un testament ou d'un *waqf* en faveur des garçons, à l'exclusion des filles. Tout cela pour que le bien de la famille ne soit ni partagé ni transféré »²⁹⁴. Allal El-Fassi s'attaque à des coutumes comme celle qui, d'essence malékite, interdit à la femme toute libéralité qui dépasse le tiers du montant de ses biens, Puis la coutume qui la rejette hors des mosquées et des lieux des réunions pour le motif que sa présence entraînerait une mixité douteuse. En bref, il s'agit de rendre aux femmes leur place et leur rôle dans la communauté musulmane trop « masculine », « de la sorte, la communauté musulmane s'est vue privée de toute influence féminine : l'évolution des règles religieuses, elles-mêmes, s'y est faite conformément à une société qui ne rassemble pas tous ses membres, car on y fait vraiment attention qu'aux hommes, comme si l'homme seul constituait 'l'être musulman'. La conséquence fatale d'un tel état de choses, c'est que la femme musulmane s'est mise à rechercher pour elle un autre domaine où elle pût déployer son activité religieuse et sociale... Elle s'est alors créée un monde étrange qui est plein de djinns, de génies, de fumigations, de drogues, de vaccinations et d'autres choses encore qui meublent l'esprit de la femme musulmane aujourd'hui. On dirait que c'est religion authentique en laquelle elle croit »²⁹⁵.

176. Après avoir dévoilé la situation de la famille au Maroc de l'époque, Allal El-Fassi projette dans un chapitre consacré à la protection de la famille, différentes mesures qui serviront, selon l'auteur, à défendre surtout la famille rurale plus exposée à l'exil vers les faubourgs urbains. Le pays ne saurait progresser que si les familles y sont saines et cela par des initiatives économiques, créations d'une opinion publique et par des mesures sociales. L'auteur conclut par différentes solutions : « il convient de : veiller à renforcer les bases de la famille ; lutter contre la prostitution,

²⁹⁴ *Ibid.* p. 228

²⁹⁵ A. EL-FASSI, op. cit., p. 229

l'alcoolisme et l'usage des stupéfiants ; donner à la femme la place qu'elle mérite dans la société et la famille ; la libérer des chaînes des coutumes antéislamiques que renforce le colonialisme dans ce qu'on appelle les 'zones de droit coutumier berbère' ; réviser nombre de pratiques juridiques, vu la disparition de leurs raisons justificatives, exemple *djaber* ; veiller avec soin à ce que les parties contractantes soient exemptes de maladies contagieuses et faciliter les conditions financières du mariage ; abolir la polygamie et combattre l'union libre pratiquée sous le prétexte qu'il s'agit de concubinage légal ; garder à la femme les droits civils que l'Islam lui a conférés »²⁹⁶.

II- Le débat

177. En 1952, Allal El-Fassi a dressé avec audace une image intégrale de la situation de la famille et de celle de la femme au Maroc d'avant l'indépendance. C'est au nom d'un Islam mieux compris qu'il désirait, pour le fikh, qu'on le décharge de l'apport des écoles et que l'on rende au droit familial la rigueur et l'équité de ses dispositions premières.

178. L'auteur a traité des sujets très sensibles surtout pour l'époque. Il a levé le voile sur des pratiques qui ont pour essence la coutume et non l'Islam et qui font l'objet d'un amalgame dans la conscience commune des Marocains. Tout en restant attaché à l'école malékite et à l'application de la loi musulmane telle qu'elle est dictée par le Coran et la sunna, il s'est permis d'attaquer une institution vénérable comme la polygamie en appelant à son interdiction avec une argumentation qui a inspiré bien des intellectuels marocains. Il a ouvert la voie à des partis politiques, des associations ainsi qu'à des écrivains et des journalistes qui se sont sensibilisés à la promotion de la femme marocaine.

179. En 1955, le parti de l'Istiqlal dont Allal El-Fassi est le chef avait tenu un congrès extraordinaire où une sous-commission des droits de la femme, de la mère et de l'enfance a affirmé dans un discours qu'« il est nécessaire de proclamer l'égalité des sexes ». Il ajoute surtout que « cette égalité est déjà consacrée par l'Islam qui fait

²⁹⁶ *Ibid.* p. 334

de la femme la sœur légale de l'homme devant la loi. Elle devra être réalisée notamment dans les droits politiques et civiques : il est nécessaire que la femme soit électrice et éligible au même titre que l'homme. Il faut reconnaître à la femme le droit d'accès à la fonction publique sans autre restriction que celle qu'impose sa capacité »²⁹⁷.

180. Le débat enflammera les colonnes de l'hebdomadaire en français du parti de l'Istiqlal de mai 1956 à janvier 1958. Des articles, des courriers de lecteurs attaqueront le mariage précoce, le port du voile, la dot et la répudiation. En décembre 1956, un comité féminin de Casablanca se lève contre la polygamie, propose d'interdire le mariage avant la puberté et de réglementer la procédure du divorce. Alors que d'autres entendaient rechercher une « législation moderne du divorce fondée sur le Coran », les partisans de réformes importantes développent des arguments sous le titre de « La femme, majeure dans la résistance, sera-t-elle mineure dans l'indépendance ». Dans tous ces cas, les thèses réformistes d'Allal El-Fassi étaient discrètement rappelées dans la presse²⁹⁸.

181. Le débat se précise et devient plus intéressant quand il porte sur les aménagements juridiques du droit familial. Il a pris un tour dangereux dans les organes de langue française de la partie démocratique de l'indépendance sous forme d'un article signé Souad et intitulé : « Nous voulons l'égalité avec l'homme ». Elle s'en prenait à « l'esprit paternaliste et condescendant que l'homme dit 'évolué' manifeste à notre égard », réclamait les droits civiques et affirmait enfin : « Nous voulons que soit abolie la polygamie qui est une conception périmée de la famille et une source de maux sociaux. Nous réclamons aussi l'égalité de la femme et de l'homme devant l'héritage »²⁹⁹. La réponse ne tarda pas à venir de la part d'un professeur de la Qarawiyyîne sous forme d'un article intitulé : « l'Islam a libéré la femme ». Il s'indigne et s'étonne « que Souad réclame l'abolition de la polygamie et l'égalité avec l'homme dans l'héritage. Nos femmes ont-elles le droit d'accuser l'Islam d'injustice et de discrimination parce qu'il autorise la polygamie et octroie à

²⁹⁷ « Droit à l'éducation et à la culture, droits sociaux, droits conjugaux, droit à la mère et l'enfant » l'Istiqlal, 16 mars 1957

²⁹⁸ Perspectives marocaines, bimensuel, n°20-21, 20 août- 5 septembre 1956

²⁹⁹ Démocratie, 4 février 1957, p.9.

la femme la moitié seulement de la part de l'homme dans l'héritage ? En autorisant la polygamie, l'Islam visait à juguler l'anarchie des désirs et à canaliser la tyrannie des instincts. Il n'a d'ailleurs pas oublié de protéger la femme contre l'injustice de son mari qui doit s'imposer des restrictions lorsqu'il choisit ce mode de vie. [Et] pourquoi l'Islam n'a-t-il donné que la moitié de la part de l'homme à la femme [en héritage] ? Tout simplement parce que cette législation tient compte du fait que l'homme a des charges et des responsabilités... tous les membres de sa famille dont la loi lui impose la charge. Même riche, la femme est déchargée de cette responsabilité : elle ne participe pas aux frais du foyer »³⁰⁰.

182. Ce rappel des arguments traditionnalistes n'a pas pu mettre fin au débat. Une « lettre ouverte aux docteurs de la loi » fut publiée, dans laquelle des questions graves et embarrassantes ont été posées : « Si l'Islam comme vous le dites, a institué une constitution des droits de la femme pour toutes les époques et toutes les sociétés, et la pas placée sur un plan social très élevé, faisant d'elle l'égale de l'homme, pourquoi donc sur les points qui vont suivre constat-on une discrimination entre l'homme et la femme et une situation privilégiée de l'homme »³⁰¹. Une liste dresse toutes les pratiques qui posent un problème de discrimination. Elle englobe le témoignage de la femme qui ne compte que pour moitié par rapport à celui de l'homme, le problème de l'héritage, l'accès à certaines fonctions publiques ministérielles et à des manifestations religieuses, le mariage forcé par le père ou le tuteur, la présentation de la femme veuve ou divorcée, le voyage de la femme seule puis la répudiation et la polygamie. Cette liste n'avait pas pour but de contester la religion musulmane ou de critiquer systématiquement la législation d'obédience islamique mais constituait un appel vers une meilleure compréhension des fondements.

183. Ce débat paraissait essentiel pour exprimer toutes les volontés de réformes que les uns et les autres souhaitaient voir reconnues par le prochain code du statut personnel. Malgré le fait que certains exposaient leur refus envers l'Islam, qu'ils rendaient responsable des maux et non seulement à cause de sa mauvaise application, Allal El-Fassi dans un article où il prône la justice et l'égalité apportées par l'Islam pour la femme même dans le domaine de l'héritage, conclut par « il faut comprendre

³⁰⁰ Démocratie, 25 février 1957

³⁰¹ Démocratie, 18 mars 1957

correctement la loi de Dieu dans sa réalité... L'Islam n'est pas un jeu dont on se divertit. Nous avons combattu uniquement pour que le Maroc reste un pays musulman »³⁰².

184. En ce début d'indépendance, le Maroc vibrait sous les débats, les conférences et les manifestations traitant la situation de la femme et celle de la famille et de son devenir. Une ère réformatrice tendant vers un droit de la famille spécifique à la société marocaine s'ouvrait. Mais cela ne pouvait avoir lieu sans remettre en question les fondements de la famille et de la condition féminine. La famille royale a contribué à ce déploiement au bénéfice d'une promotion généralisée de la femme et du peuple. Le Roi Mohamed V et ses enfants ont participé à toutes les manifestations patriotiques. La princesse Lalla Aïcha a représenté le Maroc au IV^e congrès des femmes arabes qui s'est tenu à Damas, en septembre 1957. Son discours était consacré à la question de l'égalité sociale, économique et politique entre les hommes et les femmes. C'est l'hebdomadaire « Manâr El Maghrib »³⁰³ qui traite dans ses différents articles de cette volonté de faire souffler un vent nouveau sur le rôle de la femme dans la société marocaine ainsi que sur celui qu'elle joue au sein de la famille. En 1958, l'hebdomadaire présente un article sous le titre « Droit du mari et de l'épouse »³⁰⁴ telle que le propose le Code du statut personnel. Ce dernier a apporté une perspective plus claire de l'évolution qu'ont connue le mariage et ses fondements au Maroc.

SECTION II: La codification de l'institution du mariage de 1956 à la réforme de 2004

185. À l'aube de l'indépendance, le Maroc est entré dans une nouvelle phase de son histoire. Une volonté de créer un Etat moderne mais en même temps attaché à sa culture et à son identité caractérise bien la moudawana de 1956. Un code de statut

³⁰² Le quotidien de l'Istiqlal, al-Alam, 20 février 1957

³⁰³ Hebdomadaire arabe publié à partir du 22 juillet 1956, organe officiel du Comité marocain d'éducation de base et de lutte contre l'analphabétisme.

³⁰⁴ *Ibid*, n° 80, 24 janvier 1958

personnel qui a comme source, contrairement à tous les autres textes qui régissent la société marocaine, le droit musulman. Le législateur a ainsi dessiné les traits de la famille marocaine qui ne peut être que musulmane. Le droit de la famille, s'est transformé en un « ensemble de règles qui gère la vie privée (à savoir l'identité et l'état civil), et familiale de la personne ainsi que toutes les relations soient de portée matrimoniale, parentale ou patrimoniale (portant sur les biens de la famille) »³⁰⁵. L'esprit de ce droit se montre dès ses premiers articles (paragraphe I).

186. Ledit droit a connu une nouvelle ère dans son histoire le 3 février 2004. Une révision globale est venue répondre aux besoins et aux attentes de la société marocaine, elle est allée plus loin puisqu'elle la projette dans l'avenir. Le législateur, sans se détacher des carcans des sources fondamentales, instaure des règles nouvelles s'inscrivant dans un esprit moderniste et égalitariste. Ainsi, une révolution s'est opérée dès la définition du mariage (paragraphe II).

Paragraphe I : Une première codification du mariage : La moudawana de 1956

187. Le 17 mars 1956, le roi Mohamad V ordonne la constitution d'une commission pour ordonner la suppression du « régime coutumier » consacré par le dahir du 16 mai 1930 auquel nous avons fait allusion au préalable. Quelques semaines après avoir contacté des tribus de zone dites de « coutume berbère », le ministre de la justice proclamait en y installant des juges « à plein pouvoirs », l'abrogation définitive du dahir incriminé en vertu des nouveaux dahirs du 25 août 1956³⁰⁶. Par le jeu du dahir du 19 août 1957, le roi décidait la création d'une commission qui serait déléguée au prince héritier S.A.R, le prince Hassan et sous la direction effective du ministre de la justice. Cette commission avait pour but d'élaborer un « Recueil des dispositions juridiques du droit musulman » en matière familiale et successorale. Deux jours plus tard, un arrêté ministériel désignait les dix

³⁰⁵ R. NAJI EL MAKKAOUI, op. cit. p. 27.

³⁰⁶ Q.Q., n°22, octobre 1959, p. 26-30.

membres parmi lesquels Allal El-Fassi qui est devenu le rapporteur de ladite commission³⁰⁷.

188. La moudawana prend forme par la promulgation de plusieurs dahirs. Le premier est le dahir du 22 novembre 1957 portant sur les livres I et II qui traitent le mariage et sa dissolution, applicable à partir du 1^{er} janvier 1958³⁰⁸. Le livre III traitait la filiation. Il a fait l'objet du dahir du 18 décembre 1957 applicable à la même date que le dernier dahir. Le dahir du 25 janvier 1958 portait sur la capacité et la présentation légale ; le quatrième livre est celui du 20 février 1958 concernant le testament (livre V) et enfin le dernier livre portant sur la succession a fait l'objet du dahir du 3 mars 1958. Ces derniers sont entrés en vigueur dès leurs promulgations³⁰⁹.

189. Il s'agit de s'intéresser au livre I consacré au mariage. L'analyse de ce dernier nous permettra de faire ressortir les lignes maîtresses d'une codification moderne à la veille de l'indépendance du Maroc et le fondement de la codification du mariage marocain. Ces lignes se traduisent dans la définition des conditions de fond (I) et des conditions de forme (II) du mariage.

I- Les conditions de fond du mariage:

190. Dans un premier article, la moudawana donne une définition du mariage. Cet article 1^{er} donne un caractère unique au Code marocain par rapport aux Codes modernes du statut personnel musulman. Dans sa version officielle, c'est-à-dire en langue arabe, le mariage est défini comme « un pacte (*mitaq*) légal (*char'i*) d'union mutuelle et d'attachement mutuel, entre un homme et une femme, dont le but est la création d'une famille sous la direction (*ri'âya*) du mari et sur des bases stables qui permettent aux cocontractants d'assumer leurs obligations dans la sécurité, la paix, l'affection et le respect ».

³⁰⁷ Pour le dahir du 19 août 1957, arrêt ministériel du 21 août 1957, Bulletin officiel en arabe, n°2341, du 6 septembre 1956 : dahir n°12751040.

³⁰⁸ B.O, arabe du 6 décembre 1957

³⁰⁹ Livre III : B.O, 3 janvier 1958

Livre IV : B.O, 7 février 1958

Livre V : B. O, 7 mars 1958

Livre VI : B.O, 4 avril 1958

191. Il convient de remarquer que cette définition reste très fidèle aux préceptes du droit musulman. Le mari, par sa direction, assure la réussite du mariage. Cette inégalité dans la gérance du lien matrimonial découle de l'organisation par l'Islam des rapports conjugaux. Le Coran indique que « les hommes ont autorité sur les femmes en vertu de la référence que Dieu leur a accordée sur elles et à cause des dépenses qu'ils font pour assurer leur entretien... »³¹⁰. L'homme est ainsi défini comme responsable de la famille. La moudawana est restée très fidèle à cette organisation. Le législateur n'apercevait pas le caractère inégalitaire mais il considérait cette gestion patriarcale comme une obligation du mari envers sa femme dans le même ordre que l'obligation d'entretien. La responsabilité de mari ne signifie nullement qu'il doive se comporter de manière despotique, ce qui est contraire au Coran et aux nombreux hadiths indiquant que le mari doit exercer son pouvoir sans abus, avec modération et bienveillance³¹¹.

Ce schéma d'organisation familiale apparaît adéquat avec la société marocaine de l'époque malgré les volontés de modernisation. Le rôle de la famille dans la tribu ainsi que l'importance de l'équilibre du lignage afin de sauvegarder l'indivision du patrimoine familial, expliquent la légitimité de la définition donnée par la moudawana marocaine.

192. Il n'empêche que le juriste marocain a, malgré son attachement au droit musulman, contourné des règles imposées par le rite malékite, comme le droit du djaber, et a cadré la dot pour limiter les dérives. Mais il est à constater que ce même législateur est resté fidèle aux règles du droit musulman classique dès qu'il s'agit des empêchements au mariage.

Ainsi les conditions de fond traitent du consentement dans le cas de mariés majeurs et pubères (A), des règles régissant la dot (B) et des empêchements au mariage (C).

A- Consentement et puberté

³¹⁰ Coran, sourate IV, verset 34

³¹¹ S. PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb, (Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie)*, éd. L'Harmattan, mars 2009, p. 54

193. La moudawana a souhaité introduire des réformes par rapport au droit coutumier et au droit musulman classique en s'attaquant en premier lieu au droit du djaber. Ce droit portait atteinte au consentement. Rappelons-le, ce pouvoir reconnu au père permettait à ce dernier de contraindre ses enfants avant la puberté ou sa fille pubère au mariage. La moudawana a dissocié l'âge matrimonial du consentement. Dans son article 8, l'homme acquiert la capacité de contracter un mariage à l'âge de dix-huit ans révolus et la femme à l'âge de quinze ans révolus. Le législateur détermine ainsi un âge fixe à la puberté en répondant à la controverse traitant du moment précis de cette dernière a donc interdit le mariage de l'impubère.

Mais cette réforme envisage des dispenses, marquant la prudence du législateur qui ne souhaite pas trop s'éloigner des préceptes du rite malékite. Une réserve au bénéfice du mineur masculin permet la saisine du juge pour l'obtention d'une dispense d'âge afin d'éviter de graves difficultés³¹².

194. Pour ce qui est du consentement, le droit moderne a pris place en écartant la tradition. Le mariage ne peut être valable sans le consentement personnel des futurs époux. L'égalité entre fille et garçon est parfaite et le père ne peut imposer un mariage à ses filles vierges, à n'importe quel âge. Tel est le principe, mais, dans ce cas aussi, le législateur a prévu une exception dès qu'il s'agit de circonstances qui font craindre une dépravation de la fille pubère et vierge. Le juge peut la contraindre à épouser un prétendant de condition sociale équivalente et en mesure d'assurer son entretien³¹³. Cette mesure reste soumise à l'appréciation du juge qui a le pouvoir de déterminer les fameuses circonstances, selon sa propre mesure, de ce que peut être dépravant ou pas.

195. Les règles régissant le mariage du mineur n'ont pas subi un bouleversement de la part du rédacteur de la moudawana. Le consentement du mineur âgé de moins de 21 ans n'est pas suffisant. L'accord de son tuteur reste obligatoire et le chef de famille garde ses prérogatives, sauf dans les cas où l'abus est constaté après le recours au juge. Ainsi, le consentement du futur époux n'est suffisant qu'à dater de sa majorité.

³¹² Article 8 de la moudawana du statut personnel marocain promulguée 1957.

³¹³ Article 12, 4° de la moudawana de 1957.

196. Il convient de constater la réticence du législateur marocain à bouleverser les règles du droit de la famille. A chaque occasion, il revient vers le droit musulman selon le rite malékite, en instaurant des exceptions afin de rester fidèle au fonctionnement de la société marocaine traditionnelle. Ce raisonnement trouve tout son sens dans les articles consacrés à la dot.

B- La dot

197. L'article 5 dispose que sans la dot le mariage est vicié. Cette obligation maritale doit être stipulée dans le contrat et aucune clause ne peut la supprimer. Sa stipulation est nécessaire. Mais le législateur ne s'est pas arrêté à cette solution. Il était plus généreux que son homologue tunisien tout en restant très fidèle au rite malékite à quelques points près. La moudawana contrairement à d'autres codes de la famille de pays musulmans ne permet aucun doute sur l'existence de la dot. L'article 42 dispose que l'acte du mariage entre autres mentions, doit renfermer « le quantum de la dot et préciser ce qui doit être versé comptant et à terme ». Le mari ne doit nullement exiger de sa femme une contrepartie³¹⁴. Cet article s'inspire de l'ouvrage d'Allal El-Fassi "*l'Autocritique*" et de son combat contre la coutume de Fès, en vertu de laquelle le père de la mariée doit remettre à sa fille un trousseau d'une valeur double de celle de la dot qu'elle obtient de son époux³¹⁵, coutume qui n'a aucun fondement religieux. L'évincer permet au législateur de soulager la famille de la fiancée et d'inciter le futur époux à ne pas consentir à des sacrifices excessifs. La dot doit être un gage d'amour et non l'expression d'intérêts matériels.

C'est pour ces raisons que l'article 17 dispose que « la dot ne comporte ni minimum, ni maximum » même si cette disposition rompt avec la tradition malékite exigeant une « dot de parité » qui consiste à ce que la femme reçoive une dot au moins équivalente à celle des femmes de sa famille ou de sa condition³¹⁶. La moudawana interdit au tuteur matrimonial de faire opposition au mariage de la fille majeure

³¹⁴ Article 18 moudawana

³¹⁵ A. EL-FASSI, op.cit., p.216.

³¹⁶ *Supra* n° 103.

prétextant que cette dernière accepte de contracter le mariage moyennant une dot inférieure à la dot de parité.

198. Les biens dotaux sont la propriété exclusive de la femme. Rien n'est dû à son tuteur matrimonial³¹⁷ et elle en dispose en toute liberté³¹⁸. Le législateur a bien insisté sur ces principes. Il a formulé clairement ces dispositions pour éloigner toutes autres pratiques coutumières ou non³¹⁹. Pour ce qui est du rapport entre la consommation et la dot, le législateur est resté fidèle aux règles malékites étudiées précédemment dans le cas d'une répudiation³²⁰ ou d'un décès³²¹. La dot doit être obligatoirement versée, au moins en partie, au moment de la consommation du mariage. La relation sexuelle entre les époux confère à la femme le droit à l'intégralité de la dot³²². Ni le mari ni la loi ne peuvent contraindre la femme à consommer le mariage avant qu'il lui soit remis la partie exigible de la dot. Celle-ci pourra être une simple créance lorsque la consommation aura lieu avant tout versement³²³. Dans le cas de divergence entre conjoints sur le versement de la partie exigible de la dot, la moudawana a prévue dans son article 24 d'ajouter foi aux déclarations de la femme si la contestation intervient avant la consommation du mariage et à celle du mari dans le cas contraire³²⁴.

C- Les empêchements

199. Dans ce cas là, le législateur estimait que la charia devait être respectée à la lettre, d'où le manque d'innovation et le maintien des empêchements classiques, c'est-à-dire la parenté et la parenté par l'allaitement³²⁵. Cependant il a innové pour ce qui concerne les empêchements provisoires. Si l'école malékite considérait le « serment d'anathème »³²⁶ comme un empêchement permanent, le législateur marocain a choisi la solution proposée par le rite hanafite et a catégorisé cet

³¹⁷ Article 19

³¹⁸ *Ibid.*

³¹⁹ Le législateur s'est inspirée de l'ouvrage de Alla El-Fassi et de ce qu'il a avancé sur la part de la dot que le tuteur ou le père recevait et qu'on appelé la mûkla et rashwa. Sachant que cette pratique était une coutume courante et répondue au Maroc. Allal El-Fassi, op cité, p. 214-215.

³²⁰ Article 45.

³²¹ Article 20, alinéa 3.

³²² *Ibid.*

³²³ Article 21.

³²⁴ Article 21.

³²⁵ Sur l'allaitement, infra n° 461 et s.

³²⁶ *Supra* n°85.

empêchement comme temporaire³²⁷. L'innovation ne s'arrête pas à ce point mais elle s'exprime dans l'article 29 disposant des différents empêchements temporaires. La remarque suivante à faire est que le législateur a passé sous silence des empêchements provisoires admis par l'école malékite comme la mésalliance, l'*ihram* en période de pèlerinage et la maladie grave. Il a évidemment énuméré les autres empêchements classiques : concernant la retraite de continence, la répudiation irrévocable parfaite, la disparité du culte et l'alliance entre les épouses. En revanche, il a commis une maladresse dans la rédaction de l'article 25 alinéa 3 portant sur l'existence d'un mariage non dissous comme empêchement provisoire en ne faisant aucune distinction entre l'homme et la femme, sachant que l'époux peut être polygame³²⁸.

Cette maladresse est soulevée par André Colomer dans son ouvrage consacré au droit musulman³²⁹. L'auteur constate que le législateur marocain a recopié l'article 14 de la *madjalla*, Code de statut personnel tunisien qui ne distingue pas entre les deux sexes ce qui est normal puisque la polygamie est interdite en Tunisie. Ce n'est pas le cas du code marocain qui ne fait que restreindre cette institution.

200. La polygamie, cette institution que le législateur a conservée puisqu'il ne peut interdire ce que Dieu a permis. Il est étonnant de constater que le codificateur traite de la polygamie dans le chapitre consacré aux empêchements au lieu de lui dédier un chapitre spécifique. Il lui réserve un champ restreint qui se limite à deux articles, article 30 et article 31. Malheureusement, le code reste muet sur certains points et donne des réponses insuffisantes sur d'autres qu'il conviendrait d'étudier en détail dans un chapitre consacré à la polygamie.

II- Les conditions de forme du mariage

³²⁷ Article 25.

³²⁸ Article 25, alinéa 3 : « Les empêchements provisoires résultent de l'existence d'un mariage non dissous et de la retraite de continence »

³²⁹ A. COLOMER, *Droit musulman. Tome I : Les personnes, la famille..* éd. La porte Rabat, Librairie De Médicis Paris, p. 130

201. La moudawana a toujours considéré le mariage comme un acte privé, mais pour en garantir les conditions de droit, elle a voulu qu'il soit accompagné d'un document ou d'un acte de mariage³³⁰. En effet, l'union n'est pas célébrée par un officier d'état civil mais le législateur insiste à travers les articles 41, 42 et 43 sur les formalités préalables à respecter pour la validité du mariage. Ces articles témoignent d'une innovation très appréciable de la part du rédacteur de la moudawana.

202. Le droit musulman prévoit que le mariage est un acte privé et les conditions de sa réalisation n'obéissent qu'à la seule exigence de la présence de deux témoins. Imposer la constatation de l'acte par les deux adouls, et une forme précise du contrat avec des mentions obligatoires ainsi que son inscription dans un registre des mariages du tribunal, témoigne d'une volonté de modernité de la part du législateur qu'il estime nécessaire. C'est aussi la preuve d'une volonté d'introduire la vie familiale dans l'ancrage judiciaire afin de mieux faire respecter les droits et les obligations de chacun et de faciliter la preuve devant les tribunaux dans le cas de conflit dans la matière.

Cet effort reste tout de même insuffisant. Alors que dans d'autres codes de statut personnel arabes comme celui de la Tunisie ou l'Egypte, la non-transcription d'un mariage est sanctionnée par l'irrecevabilité de l'action devant le tribunal³³¹, le codificateur marocain ne prévoit aucune sanction pour le défaut d'écrit ou de transcription.

203. Il est vrai que le Code prévoit la « consignation de l'acte de mariage sur le registre tenu à cet effet auprès du tribunal » et qu'une « expédition de cet acte doit être adressée au service de l'état-civil »³³², mais il ne précise pas « à la diligence de qui, époux ou cadî, dans quels délais, la notification du mariage doit être faite à l'état civil et si elle est effectuée à titre de simple information ou en vue de la transcription de l'acte sur le registre de l'état civil ». Ce silence ne bouscule pas les coutumes et la pratique surtout celles des régions rurales. Il reste fidèle à la conception privée de l'acte de mariage. Cet acte dressé par les deux notaires ou témoins honorables n'est

³³⁰ BORMANS, op. cit. p. 207

³³¹ BORMANS, op. cit. p. 207

³³² Réf du CODE

pas un acte d'état civil puisque « ... destiné à constater l'union que les parties viennent de contracter devant eux [notaires], conserve le caractère de témoignage écrit caractéristique de l'acte notarial marocain. Ce n'est pas un acte d'état civil. Il est donc inexact de dire que le mariage est célébré ou contracté devant un cadî. Ce magistrat, chef des notaires, se borne à homologuer l'acte reçu, hors de sa présence, par les adouls et en assure la conservation par son inscription par le régime de la *mehkama*³³³ »³³⁴. Si le fondement juridique de ce silence est justifiable, la pratique mettait en avant ses lacunes puisque ce système favorisait la fraude.

Cela est vrai, d'une part, au niveau de la preuve pour tout conflit d'ordre matrimonial soumis aux tribunaux et surtout dans le cas d'un abandon de domicile conjugal par l'époux. Ainsi, la femme et les enfants se trouvent démunis de tout droit face au juge.

D'autre part, il facilitait la polygamie. Des époux pouvaient contracter des mariages tout en restant lié par un autre lien conjugal et cela concernait aussi les Marocains résidents à l'étranger.

204. Comme il est signalé au début de ce paragraphe, le codificateur marocain a modernisé la forme du contrat du mariage malgré sa fidélité à son caractère privé. Il a fait un travail plus détaillé sur les éléments consécutifs de l'acte en question. Ainsi le législateur éclaire à travers plusieurs articles l'obligation de présence des deux témoins (A), la manifestation du consentement et l'intervention du tuteur matrimonial (B) et les modalités de la preuve (C).

A- Les témoins

205. L'article 5 de la moudawana impose la présence de deux témoins à l'échange de consentement entre les futurs époux. Mais le législateur s'arrête à cette seule exigence sans expliquer les conditions que doivent remplir ces témoins. Ainsi, il faut se reporter au droit antérieur et aux exigences du rite malékite pour apprendre que les témoins doivent être pubères, sains d'esprit, musulmans et de sexe masculin. La

³³³ Mehkama = Tribunal. Voir glossaire

³³⁴ J. LAPANNE- JOINVILLE, op. cit. p. 85

pratique a fait que les adouls contrôlent le respect de ces conditions et malgré le silence du Code, ils refuseront de constater un mariage alors que les témoins ne répondent pas aux conditions comme celle d'être musulman par exemple.

206. Pour ce qui est du moment précis de l'intervention des témoins, l'article 5 alinéa 10, dispose littéralement : « la validité du mariage est conditionnée par la présence des deux témoins notaires entendant au cours d'une seule réunion la demande en mariage et l'acceptation. ». Le législateur s'est aligné sur les règles des autres rites orthodoxes et non sur la solution malékite qui s'accommode de leur présence au moment où l'épouse est conduite au domicile du mari³³⁵.

B- Le tuteur matrimonial et la manifestation du consentement

207. La présence du tuteur matrimonial est admise pour les hommes et elle est obligatoire pour les femmes³³⁶. Le code est resté fidèle et conforme au droit musulman classique, d'ailleurs on y trouve un chapitre consacré à la tutelle matrimoniale. L'article 11 énumère la longue liste des tuteurs matrimoniaux dans l'ordre de présence et place le fils avant le père. L'article 12 rappelle que la tutelle est un droit en faveur de la femme et que le tuteur ne peut conclure le mariage sans avoir reçu un mandat de la femme à cette fin. Son rôle est de jouer le porte-parole de la future épouse et il doit se conformer aux termes de la procuration qu'il a reçue et aux conditions imposées par la future épouse. S'il donne son accord sans que l'une des conditions soit remplie, la femme ne sera pas liée par ce mariage. Dans le cas où le tuteur refuserait de représenter la femme, cette dernière pourrait s'adresser au juge pour imposer au tuteur d'accomplir sa mission. En cas de nouveau refus, le juge se substitue à lui.

208. La question qui s'impose dans ce cas, est pourquoi le législateur marocain de l'époque a-t-il gardé et a-t-il imposé cette tutelle même pour une femme majeure et que cette dernière selon le rite hanafite pouvait consentir à son mariage elle-même ?

³³⁵ Voir. L. MILLOT, ouvrage précité.

³³⁶ Article 10

Pourquoi le législateur n'a-t-il pas adopté cette règle émanant d'un autre rite comme il a pu le faire par ailleurs et qui, de plus, simplifiera davantage le mariage, surtout pour la femme et lui évitera une certaine soumission à son tuteur ? La réponse fournie par le rapporteur général était assez déroutante puisqu'il estimait que la société marocaine n'était pas encore mûre pour pareille réforme, « la société marocaine ne la comprendrait pas, n'étant pas encore assez évoluée »³³⁷. Le législateur tunisien quant à lui, n'a pas eu de doute sur l'évolution de sa société puisqu'il a adopté cette règle.

209. Pour ce qui concerne la question de la manifestation du consentement, le verbal est normalement requis et le muet peut consentir par signe. Ce qui est propre au droit musulman et toléré par la moudawana par contre la vierge est réputée consentante même si elle fond en larme, ou elle rit ou plus simplement, elle garde le silence.

C- La preuve du mariage

210. Comme il est signalé dans les lignes qui précèdent, la preuve du mariage ne se faisait pas grâce à un acte ou un contrat écrit³³⁸. Les témoignages, la célébration du mariage, la parole des époux comptaient comme preuve devant le juge. Avec la création de la moudawana et son chapitre VIII consacré aux formalités administratives préalables au mariage, le législateur a ajouté une preuve supplémentaire. La rédaction de l'acte par les deux adouls et homologué par le juge obéit à des mentions strictes et obligatoires. En plus des différentes pièces qui doivent être fournies par les époux et leurs représentants, le législateur a indexé un exposé complet sur l'état de l'épouse, si elle est vierge ou non, si elle orpheline de père, orpheline ayant un tuteur testamentaire ou d'actif, femme répudiée ou veuve ayant achevé sa retraite de continence. La situation de la femme fait l'objet de beaucoup de considération. Le but est d'assurer sa protection mais cela peut être ressenti comme une volonté d'avoir plus de contrôle sur elle.

³³⁷ M. BORRMANS, op.cit., p. 202, note 46.

³³⁸ *Supra* n° 122 et s.

211. Comme il est précisé dans les lignes qui précèdent, cet élément de preuve n'est pas unique devant les tribunaux marocains. L'article 5 alinéa 3 dispose qu' « à titre exceptionnel, le juge pourra connaître d'une contestation relative au mariage et s'appuyer, pour établir celui-ci, sur tous moyens légaux de preuve ». Le législateur vise les mariages conclus sans le respect des formes prévues par l'alinéa 1 du même article. Cette modalité paraît ambiguë puisqu'il n'y a pas de définition à l'expression « à titre exceptionnel ». C'est la Cour suprême, dans un arrêt du 19 mars 1962, qui rappellera que la mention « à titre exceptionnel » est à prendre avec toute sa généralité et qu'il ne fallait pas la restreindre en la particularisant dans le temps³³⁹. C'est ainsi que des mariages pouvaient se célébrer en dehors des formes prévues par le code et être reconnus comme valables par le juge.

212. Tout moyen de preuve étant admis par le juge, le simple témoignage gardait sa valeur pour prouver la relation matrimoniale entre deux personnes. Le juge a la possibilité de recourir au droit musulman classique et aux jurisprudences antérieures au code, de trouver la solution dans les ouvrages du fikh en se référant à l'article 82 disposant que « pour tout ce qui n'a pas été prévu par le présent code, il conviendra de se reporter à l'opinion la mieux fondée ou la plus connue du rite malékite, ou à la jurisprudence qui y a cours ».

213. Ce dernier article intervient dans chaque conflit en rapport avec les relations familiales. Il est la preuve que le législateur marocain affirme son attachement au modèle national et religieux et au droit musulman classique ainsi qu'aux préceptes du rite malékite. Force est donc de conclure que le système probatoire classique conservait son empire avant la réforme.

Paragraphe II : Une nouvelle définition vers un rapprochement des systèmes : la réforme de 2004

214. Après avoir eu une image plus claire de la définition et la formation du mariage selon l'ancien Code, il paraît plus aisé d'évaluer les mutations que cette définition a subies et les réformes infligées aux modalités de formation du mariage.

³³⁹M. BORRMANS, op cité, p. 249

215. Cette partie permettra d'apprécier les efforts du rédacteur du Code de la famille de 2004 pour conjuguer la tradition et la modernité.

216. Une des premières priorités du rédacteur du Code de la famille de 2004 est d'établir un équilibre entre les époux dans la cellule familiale à travers la définition même du mariage. Il a marqué cette volonté par l'article 4. La formule « [...] sous la direction du mari », qui figurait dans l'ancien texte a été remplacé par « [...] sous la direction des deux époux ». Le Code semble consacrer dès le premier article du livre I traitant du mariage, l'égalité en droit et en devoirs entre les époux³⁴⁰. La portée de cette modification est lourde de sens : le mari n'est plus le chef de la famille et cela signifie qu'il n'a plus d'autorité sur son épouse. Cette dernière est hissée au rang de partenaire à part entière. Selon un auteur, « le devoir d'obéissance de l'épouse, avec les conséquences sur les rapports entre époux, tombe aux oubliettes. Les époux s'engagent tous les deux à vivre dans la pureté et la fidélité »³⁴¹. L'occasion d'apprécier la consécration du principe d'égalité se révélera à travers plusieurs dispositions du nouveau Code qui seront traitées une à une dans différentes parties de cet ouvrage et ce à travers les conditions de fond (I) et de forme (II).

I- Les conditions de fond : entre innovation et maintien

217. Avant de passer à la formation du mariage et à ses conditions sous l'ère du Code de la famille de 2004, il sera intéressant de se pencher sur l'inscription des fiançailles dans le champ juridique marocain.

Cette institution a subi une modification très intéressante et a pris une place plus importante que celle qu'elle avait dans l'ancienne moudawana qui la passait sous silence.

³⁴⁰ M-C. FOBLETS et J-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille., incidence au regard du droit international privé en Europe*, éd. Bruylant, Bruxelles 2005, p. 11.

³⁴¹F. SAREHANE, « Le nouveau Code de la famille. », *Gaz. pal.* , 4 septembre 2004, n°248, p. 3

218. Il est évident, après une lecture de la nouvelle conception des fiançailles inscrite dans l'actuelle Code, de constater le rapprochement avec la conception juridique occidentale, héritée du droit romain. D'après ce dernier, « les fiançailles et le mariage constituent deux accords de volonté distincts dans la forme et dans le contenu : les *sponsalia*, ou l'échange de consentement consacrant la promesse du futur mariage (les fiançailles) et le *matrimonium* ou le mariage »³⁴². Selon le Code de la famille marocain, les fiançailles sont considérées comme « une promesse mutuelle du mariage »³⁴³, pareillement qu'en France elles constituent un fait juridique et par conséquent leur rupture doit rester libre³⁴⁴.

219. Ce sont les effets des fiançailles entre les parties qui ont changé du tout au tout³⁴⁵. Malgré le fait que le Code garantisse le droit unilatéral de rompre la promesse du mariage³⁴⁶, il a ouvert la voie à une poursuite pour demander réparation du préjudice dans le cas où la rupture des fiançailles cause un dommage au fiancé délaissé³⁴⁷. C'est l'introduction en droit de la famille de la notion de l'abus de droit consacrée en droit civil et cela constitue un grand pas en avant.

220. Mais la plus grande évolution touche un autre volet du Code de la famille, il s'agit de la filiation puisque l'enfant conçu pendant la période des fiançailles est rattaché au fiancé en tant qu'enfant légitime³⁴⁸. L'occasion sera donnée ultérieurement d'approfondir ce point dans le cadre de la partie consacrée à la filiation³⁴⁹. Ceci souligne l'avancée spectaculaire dont bénéficie l'institution des fiançailles dans le champ juridique actuel au Maroc.

221. Mais revenons aux conditions de fond du mariage. Pour que le contrat de mariage soit valide, il faut qu'il remplisse les conditions posées par la loi. Le législateur a intégré quelques innovations. Sa volonté était de tendre vers l'égalité des époux. Pourtant, les inégalités subsistent et se traduisent par le maintien de

³⁴² M-C. FOBLETS et J-Y. CARLIER, op. cité, p. 12

³⁴³ Article 5 Code de la famille.

³⁴⁴ C. Cass. 30 mai et 11 juin 1838, DS. 1832, 1, p. 492 s.

³⁴⁵ F. SAREHANE, op. cit., p. 3

³⁴⁶ Article 6

³⁴⁷ Article 7

³⁴⁸ Article 156

³⁴⁹ *Infra*, n° 398 et s.

certaines institutions. Le raisonnement se divise dès lors logiquement en deux volets : certaines réformes parviennent à instaurer une forme d'égalité entre les époux (A). D'autres, tout en consacrant certaines avancées notables n'en ont pas moins maintenu l'inégalité au détriment de l'épouse. La polygamie est à cet égard le symbole le plus marquant (B).

A- Les réformes traitant de certaines conditions de fond et la survivance de la dot

222. Plusieurs réformes ont été introduites par le législateur, les plus significatives s'attaquent au principe d'égalité dans la capacité de contracter un mariage (1) en permettant à la femme d'avoir le choix de la présence d'un tuteur matrimonial (2). Reste que la dot a été maintenue par les rédacteurs du Code de la famille, considérée comme une condition essentielle à la validité du mariage (3).

1- L'égalité entre l'homme et la femme dans la capacité matrimoniale

223. « L'aptitude au mariage s'acquiert pour l'homme et pour la femme jouissant de leurs facultés mentales, à 18 ans grégoriens révolus »³⁵⁰. Le nouveau Code place l'homme et la femme sur un pied d'égalité, sans plus de distinction selon le sexe comme ce qu'ont connu les Marocains sous l'ancien Code qui fixait l'âge du mariage à dix-huit ans pour l'homme et quinze ans pour la femme.

« Cette règle a l'avantage d'uniformiser l'âge requis pour la jouissance des droits civils et politiques : on vote et on se marie à 18 ans. La capacité matrimoniale est alignée sur la majorité légale qui est désormais fixée par le Code de la famille à 18 ans »³⁵¹. Cette égalité est instaurée pour toutes les dispositions relatives au mariage, qu'il s'agisse de la dispense d'âge soumise aux mêmes conditions pour l'homme et la femme³⁵² ou qu'il s'agisse de mineurs, puisque dans ce cas aussi, l'homme ou la

³⁵⁰ Article 19 Code de la famille. marocain

³⁵¹ F. SEREHANE, op. cité, p. 4

³⁵² Article 20

femme acquiert, par le mariage, une capacité d'ester en justice pour ce qui concerne les droits et obligations nés des effets du mariage³⁵³.

224. Si les articles 19 et 22 ne soulèvent aucune difficulté surtout au niveau de l'application, l'interprétation de l'article 20 et sa mise en œuvre posent des problèmes qui révèlent le fossé entre la lettre du texte, ses objectifs et la réalité de la pratique devant les tribunaux³⁵⁴. La dispense d'âge pourrait être accordée par le juge au mineur n'ayant pas atteint l'âge de la capacité matrimoniale. Elle n'est possible qu'en « cas de nécessité ou d'intérêt » selon l'article 20. Il est toutefois regrettable qu'aucun exemple de « nécessité » ou « d'intérêt » n'ait été donné afin de limiter au maximum le pouvoir étendu du juge. Ce dernier jouit d'un large pouvoir d'appréciation, ce qui pourrait éventuellement donner lieu à des abus, notamment à des mariages forcés³⁵⁵. Certes, il y a des conditions strictes que le juge de la famille chargé du mariage doit observer, comme entendre le père et la mère du mineur ou à défaut son représentant légal ou recourir à une expertise médicale ou une enquête sociale. Il faut que la demande de mariage soit signée par le mineur et par son représentant légal pour garantir que le mariage n'est pas forcé. A vrai dire, le rôle du tuteur légal est très important car il doit approuver la demande de l'autorisation du mineur au mariage. Sa présence au moment de la conclusion du mariage est nécessaire et dans le cas où il refuse de donner son approbation, c'est au juge de la famille chargé du mariage de statuer sur la demande. La décision de ce dernier doit être motivée³⁵⁶ et le juge malgré cette disposition garde une grande liberté puisqu'il n'y a aucune définition des raisons qui doivent justifier la dispense d'âge.

Dans de tels cas, le rôle du juge devient crucial pour une bonne application des dispositions du Code et de son esprit. Il est le seul capable de veiller à ce que l'autorisation du mariage ne soit pas accordée dans le cas de mariages précoces détruisant ainsi les chances de la jeune fille mineure de finir sa scolarité avant le mariage ou dans le cas de mariages forcés où le tuteur avance des raisons touchant à

³⁵³ Article 22

³⁵⁴ F. SAREHANE, dans *Les droits maghrébins des personnes et de la famille*. sous la direction de J. POUSSON- PETIT, éd. L'Harmattan, p. 69

³⁵⁵ M. MONJID, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille*. op. cité, p. 50

³⁵⁶ Article 20.

l'honneur de la famille ou la peur de la mauvaise conduite de la jeune fille ou toutes autres craintes.

225. Comme pour beaucoup de cas, au Maroc, la réalité sociale des situations soulevées devant les tribunaux semble l'emporter sur le droit. En effet, les juges « se trouvent amenés, presque contraints, à autoriser le mariage lorsqu'une jeune fille, en dessous de l'âge légal du mariage, tombe enceinte sans être encore mariée » ou encore, si la mineure n'est pas déjà enceinte, on craint qu'elle tombe enceinte si on lui refuse l'autorisation de se marier »³⁵⁷. Le juge se trouve face à un vrai dilemme « ou bien on leur permet de se marier légalement, ou bien la fille et son partenaire vont vivre ensemble en dehors de la loi »³⁵⁸. Il y a un autre cas qui se présente aux juges : « ils affrontent des situations où des filles mineures s'adressent au tribunal pour obtenir la « reconnaissance du mariage ». Elles mettent ainsi, avec leur conjoints et leurs parents, le juge devant le fait accompli »³⁵⁹. Ces constatations sont très inquiétantes et présentent le danger que les mariages précoces deviennent la règle générale alors que juridiquement, il s'agit d'une exception.

Ces inquiétudes ne viennent pas d'une simple vision pessimiste des défenseurs des droits de l'enfant et de la femme mais de chiffres scandaleux des mariages des mineurs toujours en hausse. En 2006, les juges ont reçu 30 312 requêtes pour déroger à la loi qui fixe à 18 ans l'âge légal du mariage. En 2009, 42 000 demandes de mariage de filles mineures ont été déposées, émanant pour la plupart du milieu rural. Ainsi, le nombre de mariages de mineures autorisés a augmenté de 8 % en 2009 pour atteindre 33 253. Ce qui inquiète encore plus les autorités est que ces chiffres pourraient bien se révéler en dessous de la réalité³⁶⁰.

226. Si officiellement, les unions impliquant des mineurs ne représentent que 10,5% du total des mariages au Maroc, il ne faut pas oublier tous les mariages non comptabilisés, célébrés dans des villages où l'on pratique encore le mariage

³⁵⁷ M. HARRAS et F. SAREHANE, *L'application du Code de la famille.. Acquis et défis, (étude de la pratique dans les tribunaux de Casablanca et de Tétouan)*, Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, Ed, Hexagone, 2006

³⁵⁸ M. HARRAS et F. SAREHANE, étude précitée.

³⁵⁹ HARRAS et F. SAREHANE, étude précitée.

³⁶⁰ Chiffres communiqués par la Ligue démocratique des droits de la femme (LDDF) sous la présidence de Mme. Fouzia ASSOULI.

coutumier qui n'est pas transcrit. Il est encore très fréquent dans le Moyen Atlas et dans certaines campagnes. L'événement qui consacre le plus ce phénomène est le festival des fiançailles d'Imilchil où les hommes cherchent des jeunes filles qui viennent se présenter pour formuler leur désir de mariage. À cela, s'ajouterait la montée des mariages prononcés sur simple lecture du Coran, « par Al Fatima », une pratique défendue par les courants radicaux, face « à des institutions considérées comme impies » et qui ont connu une montée spectaculaire essentiellement après « l'hiver » arabe. Ainsi, « le gouvernement marocain et les courants féministes tirent vers l'avant pour changer les choses, mais en même temps les courants religieux extrémistes tirent en arrière, profitant de l'ignorance et de la misère »³⁶¹.

C'est un retour en arrière que subit le pays et certains auteurs parlent même de « renforcement du fait religieux »³⁶² qui se traduit par la résurgence d'une pratique considérée comme morte et enterrée qui est le djaber³⁶³ permettant à des pères de marier leurs enfants mineurs grâce à leur statut de tuteur matrimonial. Le père reste le « wali » de l'enfant, même si le Code parle de « représentation légale » et le juge n'exerce aucun contrôle et ne se justifie pas pour accorder la dispense d'âge.

Certes, les juges se trouvent parfois dans l'obligation d'autoriser le mariage de mineur mais à quel prix ? L'affaire Amina Filali est la parfaite illustration des dégâts de cette disposition. Ce drame a secoué toute l'opinion publique. Cette jeune fille âgée de 16 ans mariée de force à son violeur, s'est suicidée le 10 mars 2012 parce qu'elle ne supportait plus la vie avec l'homme qui l'avait agressée. Le juge a permis le mariage d'une mineure sans chercher son consentement sachant que cette dernière épouserait son violeur. La raison avancée est de garder sauf l'honneur de la famille de la jeune fille.

Il ne s'agit pas de traiter les failles d'un droit pénal défaillant en raison de l'application de l'alinéa 2 de l'article 475, abrogé après une pression sociale en mars

³⁶¹ Entretien avec Aatifa Timjerdine, coordinatrice nationale du réseau Anaruz, qui réunit les centres d'écoute des femmes victimes de violence, et membre du bureau de l'Association démocratique des femmes du Maroc (ADFM)

³⁶² S. PAPI, op. cit., Mars 2009, p. 11

³⁶³ *Ibid.*, p. 79

2013³⁶⁴, ni de rentrer dans des considérations sociales et humaines mais simplement, de constater l'injustice causée par une mauvaise application du Code de la famille et de comprendre l'ampleur du pouvoir octroyé au juge sans aucun contrôle ni possibilité de recours.

2- La tutelle matrimoniale: une exigence abrogée pour la femme majeure

227. Si la tutelle matrimoniale est sans doute une institution de droit musulman comme il a été expliqué précédemment, « elle marque pour plusieurs esprits la soumission féminine, le patriarcat, l'archaïsme et la puissance masculine, notamment paternelle »³⁶⁵. Le manque de dispositions claires soit dans le Coran, soit dans la sunna sur cette pratique, a donné lieu à plusieurs lectures et contrairement aux seuls hanafites qui la jugent simplement recommandée, les malékites requièrent sa présence. Le législateur marocain, à travers la moudawana (ancien article 12), a maintenu l'exigence de la présence du tuteur, sauf dans le cas de la femme majeure et orpheline et malgré la réforme de 1993 qui lui permettait d'y consentir, elle n'était pas considérée comme partie contractante³⁶⁶.

228. Le nouveau Code a apporté une réelle innovation. La tutelle est un droit que la femme exerce par choix et non par obligation grâce aux articles 24 et 25.

La femme majeure marocaine peut désormais conclure elle-même son contrat de mariage sans la présence de son tuteur matrimonial. Le Code à travers son article 25 pose la règle clairement et l'étend à toutes les femmes majeures contrairement à l'ancien texte qui limitait ce droit à la femme majeure orpheline du père. Ainsi, l'article 25 dispose : « Il appartient à la fille majeure de conclure l'acte de son mariage elle-même ou de mandater à cet effet son père ou un des proches ».

229. Cette innovation consiste premièrement à mettre toutes les femmes majeures sur un pied d'égalité, orpheline ou non. Deuxièmement elle donne la liberté à la

³⁶⁴ L'alinéa 2 de l'article 475 du code pénal qui donnait une impunité au violeur si celui-ci épousait sa victime.

³⁶⁵ M. MONJID, op. cit., p. 51

³⁶⁶ F. SERHANE « Le nouveau Code de la famille., innovation ou archaïsme », article précité.

femme de se faire représenter ou non à la célébration du mariage et de choisir son mandataire, soit son père, soit un autre membre de sa famille. Contrairement à l'ancienne moudawana, le Code de la famille n'a pas mis en place une liste des mandataires qui se succèdent à la présentation de la femme dans le cas où l'un n'en est pas capable et qui ne peuvent être que des parents par les mâles à l'exclusion des parents par les femmes. Avec le nouveau Code, la femme, dès sa majorité, devient maîtresse de ses choix et exerce sa propre volonté.

230. Donner le choix à la femme de contracter elle-même son mariage ou de le déléguer à son tuteur est un compromis réussi de la part du législateur marocain. Toutefois, dans la pratique, quel est le devenir de cette disposition ? Ne peut-on pas craindre que le poids familial l'emporte sur le choix de la femme ? Les statistiques du ministère de la justice répondent par la négative puisqu'elles démontrent que les femmes usent de ce droit nouvellement acquis et que leur nombre est en progression constante. Depuis l'entrée en vigueur du Code, le pourcentage des femmes ayant conclu elles-mêmes leur mariage est passé de 14,57% en 2004 à 20,09% en 2005 de l'ensemble des mariages³⁶⁷.

231. Il n'en demeure pas moins vrai que le rôle de tuteur matrimonial est exclusivement masculin puisque la règle de droit musulman et celle du Code de la famille interdisent toujours à la femme d'être tutrice matrimoniale, même dans le cas où elle serait tutrice légale d'une fille mineure. La mère marocaine a acquis le droit à la tutelle légale depuis la réforme de 1993 et elle l'a gardé grâce à l'article 230 du Code de la famille de 2004. Une question subsiste: la mère de la fille mineure détentrice du droit de tutelle ne peut exercer une tutelle matrimoniale. Elle doit désigner un homme pour conclure le mariage de la pupille mais le Code de la famille n'apporte pas de réponse précise quant à savoir qui doit être cet homme.

3- La survivance de la dot

³⁶⁷ Chiffres avancés par l'atelier d'évaluation, organisé à Rabat le 12 juillet 2006, par le centre de documentation, d'information et de formation en droits humains.

232. La dot a survécu au changement et a gardé sa place dans le Code de la famille comme une des conditions du fond du mariage³⁶⁸, malgré la proposition du groupe parlementaire de la gauche socialiste de supprimer de telles dispositions afin d'assurer une véritable égalité entre l'homme et la femme dans le droit de la famille marocain. Cette proposition a été rejetée et les rédacteurs du Code ont maintenu la condition de la dot pour la validité du mariage marocain (article 13). Désormais, « c'est la non-entente sur la suppression de la dot qui est la condition de la conclusion du mariage, la détermination du montant de la dot peut par conséquent être passé sous silence lors de la conclusion de l'acte de mariage : s'il n'est pas convenu de sa suppression, l'acte de mariage sera valide »³⁶⁹.

233. La dot reste un privilège accordé à la femme qui prouve la sincérité et le sérieux du mari de vouloir fonder une famille. L'article 26 semble donner une définition propre de la dot qui écarte toute ambiguïté. Il la définit comme une manifestation de la volonté du mari de contracter le mariage, de fonder une famille et consolider les liens d'affection de vie entre les époux. Le législateur veut mettre l'accent sur sa valeur morale et symbolique et non sur sa valeur matérielle, même s'il définit l'objet de la dot dans l'article 28 comme : « Tout ce qui peut faire l'objet d'une obligation peut servir de sadaq. Il est légalement préconisé de modérer le montant du sadaq ». Ainsi, il est requis par la loi de ne pas exagérer le montant de la dot tout en préservant sa valeur d'obligation au bénéfice de la femme et d'en faire une dette qui est imprescriptible pesant sur le mari et qui peut être réclamée par la bénéficiaire sans qu'un délai ne lui soit imposé pour le faire³⁷⁰.

Le législateur a été très précis pour les questions concernant la dot. A travers huit articles, il donne une réponse à la plupart des problématiques qu'elle peut poser : sa définition (a), les modalités de sa fixation (b) et son versement (c).

a- La définition de la dot

³⁶⁸ Article 26. C.F.

³⁶⁹ M. MOUNJID, op. cit. p. 51

³⁷⁰ Article 3. C.F.

234. Pour ce qui est de la nature de la dot, le législateur déclare formellement que tout ce qui peut faire légalement l'objet d'une obligation peut servir de Sadaq³⁷¹ ; il renvoie ainsi à l'article 57 du Code des obligations et des contrats qui définit l'objet du contrat comme suit : « les choses, les faits et les droits incorporels qui sont dans le commerce peuvent seul former objet d'obligation ; sont dans le commerce toutes les choses que la loi ne défend pas expressément de contracter ».

b- L'évaluation de la dot

235. La solution du Code de la famille de 2004 a changé par rapport à celle prévue par l'ancienne moudawana qui exigeait la détermination de la dot dans l'acte du mariage. Cette exigence de l'estimation de la somme prévue pour la dot a été remplacée par la simple exigence de son existence. En d'autres termes, l'acte du mariage ne doit en aucun cas contenir une clause abolissant la dot mais il n'est plus indispensable pour la validité du mariage d'indiquer la somme ou les biens prévus pour la dot. Ce changement de position a fait naître deux modes d'estimation de la dot. Soit cette dernière est une dot nommée, c'est-à-dire indiquée dans le contrat de mariage et dans ce cas, les Adouls sont obligés de s'en enquérir comme pour ce qui est prévu par l'ancien texte ; soit c'est une dot de délégation (*tafwid*), dont l'évaluation est déléguée. Cette dernière est constatée quand le contrat reste muet sur le montant de la dot. Le Code actuel de la famille considère que les parties parviendront, postérieurement, à fixer le montant de la dot à l'amiable. Dans le cas contraire, le juge saisi sera chargé de fixer une dot (de parité) en prenant en considération l'appartenance socio-économique des deux époux.

c- Le versement de la dot

236. Il est permis de prévoir, lors de la conclusion du mariage, que tout ou une partie de la dot soit payable d'avance ou à terme. Une fois l'échéance atteinte, le débiteur doit s'en acquitter. Les règles étudiées précédemment concernant l'importance de la consommation du mariage pour la perception de la dot sont

³⁷¹ Article 28. C.F.

toujours en vigueur devant les juges marocains³⁷². Quels que soient les termes du paiement, la consommation du mariage ainsi que le décès de l'époux, qu'il y ait eu consommation ou non, est considéré comme échéance obligeant le paiement immédiat de la totalité de la dot au profit de l'épouse³⁷³. Cela est d'autant plus vrai que la dot confère des prérogatives particulières en droit marocain, puisqu'elle est classée, par le Code de la famille et le Code des obligations et des contrats (COC)³⁷⁴, parmi les créances les plus privilégiées, qui n'est susceptible d'aucune prescription³⁷⁵. La femme peut revendiquer le paiement de sa dot des années et même des décennies après son mariage et dans le cas du décès de l'époux, si elle prétend ne l'avoir pas reçue, la dot est prélevée sur la succession, au titre de créance privilégiée devant être prélevée avant le partage de la succession, conformément à l'article 1248 du COC.

237. Ainsi, même si le législateur a maintenu l'institution de la dot, il a eu l'occasion de l'encadrer à travers des règles strictes, afin d'éviter les abus dont elle peut faire l'objet. Cet exercice consistant à préserver des institutions de droit musulman qui peuvent paraître archaïques mais qui conservent une importance cruciale dans la société marocaine est souvent pratiqué par le législateur et l'exemple qui vient montre à quel point la réforme du Code de la famille maintient tout en contrôlant des institutions propres au droit musulman qui paraissent inadaptées à l'époque dans laquelle le Maroc vit actuellement.

B- Le maintien de la polygamie : une exception à la règle de la monogamie

238. L'institution de la polygamie a fait objet de beaucoup de débats au Maroc, depuis l'indépendance jusqu'à aujourd'hui entre les conservateurs à tendance islamique, les partis politiques de gauche et les associations de défense des droits des femmes et des droits humains qui prônaient son interdiction³⁷⁶. Avant d'aborder les

³⁷² *Supra* n° à n° 148 et s.

³⁷³ Article 31. C.F.

³⁷⁴ Article 1248 du COC.

³⁷⁵ Article 33, alinéa 3. C.F.

³⁷⁶F. SERHANNE, « Evaluation comparative des propositions des forces politiques relatives à la réforme de la moudawana » *in*, « La réforme du droit de la famille. : cinquante années de débat », *in* Prologue, Revue maghrébine du livre, hors série n°3 p. 88-106

réformes dont elle a fait objet, il convient de traiter son évolution idéologique et pratique dans la société marocaine depuis l'indépendance jusqu'à aujourd'hui.

239. La littérature arabe est très abondante concernant la polygamie, mais la synthèse des arguments favorables au maintien de cette institution donne lieu à un constat : ils ne proviennent que d'une vision strictement masculine³⁷⁷. Ainsi, certains auteurs invoquent les voyages des maris, la période de menstruation ou la maladie de la femme, réduisant le corps de cette dernière à un outil à la disposition de l'homme, répondant à son assouvissement sexuel³⁷⁸. Ils n'avancent que des arguments peu convaincants qui n'ont pour but que de flatter l'orgueil du mâle, la polygamie étant un signe de puissance et de richesse. Permettre à l'homme d'humilier sa femme en lui imposant une coépouse afin d'assouvir son appétit sexuel est un raisonnement inacceptable aujourd'hui comme hier pour servir le maintien d'une telle institution. Un autre argument a été avancé à la faveur de ce privilège masculin. Il s'agissait du service humanitaire que l'homme rendait à une femme démunie en l'épousant, en l'entretenant et en l'obligeant ainsi à tout accepter. Aujourd'hui, avec l'accès des femmes au monde du travail et leur émancipation dans la société marocaine, cet argument ne peut être que caduque.

240. Le maintien de la polygamie ne puise sa légitimité que dans le fait qu'elle soit permise par le Coran et qu'elle ne peut donc être interdite. Reste que dans la réalité sociale, en plus d'être une pratique humiliante et effrayante pour toutes les femmes, quel que soit leur statut, elle porte atteinte à tout le foyer y compris l'enfant et sa santé psychologique. Quelle paix et quelle harmonie peut-il y avoir dans une famille qui fait l'objet de compétition, jalousie et blessure ? Les ménages polygames connaissent des situations compliquées entre les demi-frères, les belles mères et le père qui a créé ce climat. Malheureusement, la loi n'a pas suivi cette réalité et ce malgré les recommandations d'Allal El-Fassi³⁷⁹.

241. La moudawana, depuis sa création est restée fidèle au droit musulman classique. Elle a adopté des règles assez strictes afin de protéger l'épouse mais

³⁷⁷ R. AL ALOUI, op. cit. p. 342

³⁷⁸ *Ibid*, p. 343

³⁷⁹ *Supra* n° 163, la polygamie lors de l'analyse de l'autocritique d'Allal El-Fassi

l'intervention du juge était quasi inexistante puisque son rôle se limitait à l'évaluation du préjudice subi par l'épouse du fait de la deuxième union imposée par son mari³⁸⁰. La pratique a prouvé, à plusieurs reprises, la défaillance de la loi puisqu'il n'y avait aucune coordination entre les officiers d'état civil et les tribunaux et par conséquent le mari pouvait dissimuler son état civil pour contracter un deuxième mariage sans que les deux épouses soient informées de sa situation matrimoniale.

242. Des débats ont eu lieu dans le monde arabe et au Maroc en particulier afin d'abolir la polygamie³⁸¹, sur l'exemple de la Turquie et de la Tunisie. Mais le législateur marocain a fait le choix de respecter au mieux le droit musulman. Enfin, la polygamie a subi quelques modifications, plus timides lors de la réforme du Code de la famille de 1993 et plus audacieuses avec la réforme de 2004 par laquelle les rédacteurs ont opté pour une autorisation strictement contrôlée par le tribunal. Cette solution était la plus propice à s'appliquer sans encombre, conformément aux attentes de la société marocaine. L'interdiction de la polygamie paraît plus délicate comme le signale le Roi dans son discours du 13 octobre 2003 annonçant les grandes lignes de la réforme du droit de la famille, où il a précisé : « je ne peux, en ma qualité d'Amir Al Mouminine³⁸², autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très Haut a autorisé ; »³⁸³.

243. Traditionnellement, le législateur situe la polygamie dans le Code dans le chapitre des empêchements temporaires au mariage car elle n'est pas toujours légalement autorisée. La loi de 2004 empreinte ce chemin. Depuis cette date, l'engagement à deux pour le meilleur et le pire est la règle et le remariage de l'époux encore lié par un premier mariage n'est plus un droit, c'est l'exception soumise à l'autorisation du juge. Mais malgré cette innovation importante, il est fréquent de constater une résistance dans la pratique. Il est préférable d'étudier ce point en deux volets, le premier traitant de la polygamie telle qu'elle est prévue par la loi (1) et le deuxième concernant son application réelle dans la pratique (2).

³⁸⁰ Article 30, Al. 2 de la moudawana de 1957

³⁸¹ Depuis les années 70, *supra* 174 et s.

³⁸² Commandant des croyants.

³⁸³ Discours de S.M Le Roi Mohamed VI, le 13 octobre 2003, *in* «Guide pratique du code de la famille.»

1- La polygamie face au Code de la famille

244. La première innovation consiste en l'introduction de sept articles consacrés à la polygamie (art. 40 à 46) au lieu d'un seul dans l'ancienne *moudawana* (article 30), après la réforme de 1993. Le principe est l'interdiction de la polygamie (a). Elle ne pourra être envisagée que dans certains cas exceptionnels, laissés à l'appréciation du tribunal (b).

a- Le principe de l'interdiction de la polygamie

245. L'article 40 du code précise les deux situations dans lesquelles la polygamie est interdite : soit parce qu'un deuxième mariage créera une injustice entre les épouses, soit parce qu'il existe une clause imposée par l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui joindre une autre épouse³⁸⁴. Cet article caractérise parfaitement le nouveau Code de la famille. La seconde règle, renforce la clause de monogamie et s'inspire du principe du droit civil : le contrat est la loi des parties, la première est une application des injonctions divines.

La crainte de l'injustice trouve sa source dans les versets coraniques : « si vous craignez d'être injuste, n'en épousez qu'une »³⁸⁵ et « vous ne pouvez traiter toutes vos femmes avec égalité, quand bien même vous y tiendriez »³⁸⁶. Cette règle existait sous l'ancien régime, sauf que la crainte de l'injustice était soumise au contrôle du mari qui estimait lui-même s'il était capable d'être juste avec ses épouses ou non. Aujourd'hui, c'est le juge qui évalue la crainte de l'injustice entre les épouses.

246. La deuxième règle est d'ordre civil, tirant sa force du contrat du mariage : « les clauses de monogamie ont comme toutes les clauses non contraires aux buts du mariage, un effet contraignant »³⁸⁷ et interdisent strictement tout nouveau mariage, rendant logiquement une requête en ce sens irrecevable, tandis que la présente union

³⁸⁴ Dans le texte, l'article 40 : « La polygamie est interdite lorsqu'une injustice est à craindre entre les épouses. Elle est également interdite lorsqu'il existe une condition de l'épouse en vertu de laquelle l'époux s'engage à ne pas lui adjoindre une autre épouse »

³⁸⁵ Coran, verset 3, Les femmes.

³⁸⁶ *Ibid*, verset 129, Les femmes.

³⁸⁷ Article 47.C.F.

se poursuit sans changement (articles 40 et 42)³⁸⁸. Il s'agit de l'application de la règle selon laquelle « le contrat tient lieu de loi pour les parties »³⁸⁹ permettant au juge de rejeter d'office la demande d'un deuxième mariage du mari.

b- Les exceptions

247. Le tribunal accorde l'autorisation d'un deuxième mariage à un époux déjà lié par une première union dans deux cas : en premier lieu, si sa justification est établie. L'article 41 insiste sur les termes « une justification objective et exceptionnelle » au lieu d'utiliser le terme « nécessité » à prouver par le demandeur. La nécessité est une notion subjective, pouvant être interprétée de manière très large et donc soumise aux désirs du mari demandeur. Une justification objective et exceptionnelle conduit à fournir des raisons impérieuses, logiques et convaincantes et surtout véritables au juge.

248. En deuxième lieu, l'autorisation est accordée si le mari dispose de ressources suffisantes pour entretenir les deux familles et garantir les droits, dont la pension alimentaire, le logement et l'égalité dans tous les aspects de la vie³⁹⁰. Sachant que le mari polygame est dans l'obligation morale, religieuse et légale d'offrir le même niveau de vie à ses deux familles. Ce qui est patent dans cet article, c'est qu'il évoque l'entretien de deux familles, en limitant, si polygame il y a, à deux mariages et non trois ou quatre, comme il est permis en Islam. Cette limitation confirme le caractère exceptionnel de l'autorisation de polygamie qui ne peut être accordée qu'une fois.

Il est utile de rappeler que cette disposition a fait objet d'une proposition de loi en 1975 par MM. Jalal Essaid et Abdelouahed Bennaoud. Elle entendait n'admettre la polygamie que pour « des causes de force majeure et exceptionnelle » dont l'appréciation est laissée au juge qui peut prendre toute mesure en vue de s'assurer de la véracité desdites causes et procéder à toute enquête en vue de connaître la situation matérielle de l'époux et de s'assurer que ce dernier est en mesure de réaliser

³⁸⁸ F. LAROCHE-GISSEROT, op. cit., *R.I.D.C.*, p. 347.

³⁸⁹ Discours du Roi le 13 octobre 2003

³⁹⁰ Article 41 Code de la famille.

l'égalité de traitement entre plusieurs épouses³⁹¹. Mais il a fallu presque trente ans pour que cette proposition intègre le Code de la famille.

249. Le code ajoute deux conditions pour que la polygamie soit autorisée au mari demandeur. Premièrement, l'épouse ne doit pas avoir exigé la renonciation à la polygamie. Deuxièmement, la demande d'autorisation doit être adressée au tribunal en mentionnant les motifs la justifiant et en joignant une déclaration relative à la situation du demandeur et à ses obligations financières³⁹².

250. Dans le cas où le mari satisfait de telles exigences, le tribunal autorise la polygamie. Les procédures de mise en place se déclenchent en prenant en considération deux points importants : il convient de protéger les droits de la première épouse et d'assurer l'information de la deuxième épouse.

Ainsi, en premier lieu, selon l'article 43, la première épouse est convoquée personnellement. Auparavant, la convocation pouvait être remise à n'importe quelle personne, ce qui n'est plus le cas actuellement. Dans le cas où l'épouse ne reçoit pas ou rejette la réception de la convocation en refusant de se présenter à l'audience, le tribunal lui adresse, par huissier de justice, une mise en demeure l'avertissant qu'en cas d'absence il sera statué sur la demande de l'époux en son absence. Si l'époux est de mauvaise foi en fournissant une fausse adresse ou en falsifiant le nom de sa femme, cette dernière, lésée, a le droit de demander l'application des dispositions de l'article 361 du code pénal³⁹³.

³⁹¹ Note n° 001172 du 24 mai 1978 au secrétariat général du gouvernement à m. le Premier ministre. Dans ce sens, motion adopté par le FNCLC lors de la journée d'étude « sur la condition juridique de la femme à travers la moudawana », tenue à Rabat le 27 janvier 1979.

³⁹² Article 42. C.F.

³⁹³ Article 361 du C.P : « 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[109] 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 ».

En deuxième lieu, un débat contradictoire entre les deux parties se déroule en chambre du conseil pour une réconciliation. Le tribunal expose les faits ainsi que les justifications demandées. C'est l'occasion pour la première épouse de contester les arguments présentés par son époux. Cela permet au tribunal de finaliser ses investigations avant de rendre le jugement. Le tribunal autorise la polygamie par décision motivée, non susceptible de recours, l'assortissant des conditions en faveur de la première épouse et ses enfants³⁹⁴.

En troisième lieu, l'article 45 prévoit que dans le cas où la vie commune entre le demandeur et la première épouse est impossible et que cette dernière refuse une coépouse et préfère divorcer, le tribunal fixe le montant des droits de l'épouse et de ses enfants, à déposer au tribunal dans un délai de sept jours. Le tribunal rend, juste après, le jugement de divorce, qui n'est pas susceptible de recours et qui est irrévocable. Dans le cas où il n'y a pas consignation par l'époux des sommes fixées dans le délai imparti, une telle attitude est considérée comme une renonciation à la demande d'autorisation. Le tribunal doit alors en décider le rejet. Si l'époux persiste à demander l'autorisation de la polygamie et que l'épouse ne donne pas son accord et ne demande pas le divorce, le tribunal appliquera d'office la procédure de discorde prévue aux articles 94 à 97³⁹⁵.

Enfin, la deuxième femme a le droit d'être informée, selon l'article 46, que le futur époux a bénéficié d'une autorisation de polygamie. Son mariage ne sera conclu qu'une fois un procès-verbal authentique dressé l'informant que son époux est déjà marié.

251. Il convient de constater que l'article 45 est sujet à des critiques concernant l'imposition du divorce pour désunion à la première épouse dans le cas où elle refuse la polygamie de son mari. En effet, « la femme se trouve en quelque sorte victime d'un chantage légal : ses seules options sont soit d'accepter la polygamie, soit subir une dissolution de son mariage qu'elle interprétera comme une répudiation puisqu'elle ne la souhaite pas »³⁹⁶. Le seul frein est que le divorce pour désunion

³⁹⁴ Article 44

³⁹⁵ Guide pratique de Code de la famille., p. 42

³⁹⁶ F.LAROCHE-GISSEROT, op. cit. p.348

s'appliquera pleinement et par conséquent donnera lieu à des contraintes financières pour l'époux puisque le juge estime que ce dernier est responsable de la fin et de la désunion du couple. Bien entendu, le divorce sera irrévocable et définitif, ce qui amènera le mari à réfléchir deux fois avant de perdre la première épouse. Mais il convient de s'accorder sur le fait que seule la dissuasion financière donne une marge de manœuvre au juge pour mettre fin à la polygamie.

2- La polygamie face à la pratique

252. Après avoir eu un aperçu sur la réglementation de la polygamie dans le Code de la famille et les différentes procédures par lesquelles le mari demandeur doit passer, la question est de savoir comment les Marocains pratiquent réellement la polygamie.

253. Pour apprécier l'étendue de la pratique polygame dans la société marocaine, il est intéressant de consulter les différentes études réalisées sur le terrain. Les plus concluantes, donnant une vision réaliste sur la pratique de la polygamie et sur l'application du Code en général, sont celles réalisées pour le compte de l'association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes portant sur « L'application du Code de la famille : acquis et défis »³⁹⁷ et celle qui a comme sujet « la perception du Code de la famille et de son environnement social et professionnel »³⁹⁸.

254. Au préalable, il convient de partir du constat qu'il existe une divergence entre les textes et la pratique comme cela a également été constaté pour ce qui concerne le mariage des mineurs. Certaines personnes ne remplissant pas les conditions pour obtenir l'autorisation de polygamie profitent des failles du Code de la famille pour régulariser un mariage polygame clandestin, sans recourir au tribunal. C'est pour cette raison aussi que les juges font preuve de souplesse afin de ramener chaque situation à l'esprit du Code. Il convient de voir comment ils traitent la polygamie et si ce traitement est homogène sur tout le territoire ou s'il y a des différences (a). La

³⁹⁷ F. SARHANE et M. HARRAS, « L'application du Code de la famille., acquis et défis », étude précitée.

³⁹⁸ Publié par l'Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, Casablanca 2007.

pratique de la polygamie au sein de la famille et les relations entre les parties devra ensuite être observée (b).

a- Le juge face à la polygamie

255. Les juges n'ont pas tous la même approche du phénomène de la polygamie. Une divergence existe d'un tribunal à l'autre. Même si le Code est clair sur l'idée que la polygamie est une exception soumise à l'autorisation du tribunal, il y a une différence entre le tribunal d'une grande ville comme Casablanca et le tribunal de Tétouan au nord du Maroc, où la population est plus conservatrice.

256. Pour un juge de la section de la famille à Tétouan, la polygamie est « un droit divin antérieur à toute législation » et par conséquent il ajoute, que dans le cas où les conditions légales sont réunies, « on ne peut pas priver l'homme de ce droit sous n'importe quel prétexte. Le Code de la famille a autorisé la polygamie, et ce, pour des raisons juridiques exceptionnelles et physiologiques... La femme traverse plusieurs phases et elle est la première à ne pas accepter que son conjoint aille assouvir ses instincts naturels à l'extérieur... Nous sommes une société musulmane et nous devons respecter la charia à ce niveau »³⁹⁹.

257. Dans la section casablancaise, le juge raisonne loin des dogmes religieux mais vise plutôt l'aspect social de la demande d'autorisation de polygamie. Il prend en considération deux éléments essentiels : les moyens suffisants, un revenu stable assurant l'entretien des deux familles et le rapprochement de l'âge des époux. Quant aux raisons objectives et exceptionnelles autorisant la polygamie, elles sont ramenées à la maladie de la première épouse ou à son refus d'assumer son devoir conjugal en raison de son âge et la crainte que le mari ne commette un péché par le recours aux relations sexuelles hors mariage⁴⁰⁰.

258. Le juge bénéficie d'une marge importante pour interpréter les articles du Code et en faire une application adaptée aux spécificités de chaque situation. Cela, se

³⁹⁹ F. SARHANE, M. HARRAS, « L'application du Code de la famille, acquis et défis » op. cit. p.53

⁴⁰⁰ F. SARHANE, M. HARRAS, op. cit. p.54

justifie par le fait que les cas qui se présentent à lui diffèrent les uns des autres. Une magistrate cite le cas d'un homme, qui pour des raisons professionnelles, se voit obligé d'aller résider loin de chez lui pour une durée de 7 ou 8 mois. Sa femme qui a déjà des enfants, issus de cette union avec lui, refuse de l'accompagner. Face à ce refus, l'homme annonce son intention de se marier avec une seconde épouse, et sa première épouse l'appuie dans sa demande. Cet homme affirme, en plus, qu'il est prêt à renoncer à la seconde épouse si la première daigne bien l'accompagner. D'après la magistrate, « cet homme a relativement raison de présenter sa demande de mariage et le tribunal doit sérieusement en tenir compte »⁴⁰¹. Cet exemple est la preuve de l'étendue de l'appréciation du juge qui, dans ce cas, donne raison à la demande présentée par ce mari alors qu'un autre magistrat pouvait estimer qu'une séparation entre les époux de 7 ou 8 mois ne justifierait pas un deuxième mariage polygame, même si l'épouse refuse d'accompagner son mari. Cette différence de traitement des dossiers d'autorisation de polygamie d'un tribunal à un autre et d'une région à une autre se répercute sur les statistiques⁴⁰². A Casablanca, les mariages polygamiques ne représentent que 0,14% des mariages conclus, alors qu'à Tétouan, le chiffre est de 1,48% des mariages conclus, ce qui dépasse de très loin la moyenne nationale, qui n'a été que de 0,38% en 2004 et de 0,34% en 2005⁴⁰³. A vrai dire, l'explication réside dans le fait que, devant le tribunal de Tétouan, il suffit que l'époux ait suffisamment de moyens pour que la polygamie soit autorisée, puisque le juge considère que la polygamie est un droit consacré par l'Islam⁴⁰⁴. Il ne cherchera pas de justificatifs et n'appliquera pas les dispositions du Code qui exigent le respect des conditions de l'octroi de l'autorisation. Le magistrat juge selon ses propres convictions religieuses et non selon la loi.

b- L'époux, la première et la seconde épouse, trois parties face à la polygamie

⁴⁰¹ Etude, *La perception du Code de la famille. et de son environnement social et professionnel*, op. cité, p. 30

⁴⁰² F. SARHANE, M. HARRAS, « L'application du Code de la famille., acquis et défis » op. cité, p.

⁴⁰³ *La perception du Code de la famille. et de son environnement social et professionnel*, étude précitée.

⁴⁰⁴ SARHANE, M. HARRAS, « L'application du Code de la famille., acquis et défis » op. cité, p. 54

259. Deux situations se distinguent dans la relation entre les parties. La première, dans laquelle la première épouse accepte et soutient la demande de polygamie de son époux, la seconde où le mari et la seconde épouse recourent à la procédure « de reconnaissance de mariage » en imposant le statut à la première épouse.

260. Dans la première situation, les femmes qui acceptent et soutiennent leur mari pour une demande d'autorisation de polygamie sont rares. Dans la plupart des cas, elles acceptent sous la menace du divorce. Une magistrate s'est exprimée sur le sujet en arrivant à la conclusion qu' « il est préférable qu'il se marie avec une seconde épouse à ce qu'il divorce avec la première »⁴⁰⁵. Ainsi, « c'est lors de la consultation séparée des femmes que les juges découvrent l'ampleur du drame qu'endure la première épouse »⁴⁰⁶.

L'ignorance par ces femmes de leurs droits et la peur de se retrouver dans une situation précaire ou même d'avoir le statut de femme divorcée participent massivement à la pression qu'elles peuvent subir pour accepter une coépouse. Même si la première épouse refuse de donner son accord au mari, ce dernier peut « la mettre sous pression physique et morale pour la pousser à prendre l'initiative du divorce en acceptant ainsi de renoncer à tous ses droits. Autrement dit, l'accord de la première épouse ne doit pas être le facteur déterminant de l'octroi ou du refus de l'autorisation »⁴⁰⁷. C'est pour ces raisons, que « le juge et le tribunal doivent instruire une telle décision en fonction d'une analyse globale des facteurs entraînant la demande de mariage »⁴⁰⁸ et que « le consentement de l'épouse ne doit pas être nécessaire pour la conclusion d'un tel mariage, mais plutôt son refus qui doit peser dans la balance et orienter la décision du juge »⁴⁰⁹.

261. La deuxième situation est celle où le mari et la deuxième épouse imposent le deuxième mariage à la première épouse par le jeu de la demande de « reconnaissance de mariage ». Ainsi, au lieu de demander au tribunal une autorisation de polygamie,

⁴⁰⁵ Etude *La perception du Code de la famille. et de son environnement social et professionnel*, op. cité, p. 30

⁴⁰⁶ SARHANE, M. HARRAS, op. cité, p. 53

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p.54

⁴⁰⁸ *Ibid.*

⁴⁰⁹ *Ibid.*

le mari et la deuxième épouse essayent d'atteindre cet objectif en passant par la procédure de la reconnaissance de leur mariage. Dans ce cas là, une validation de mariage sans procéder par une recherche approfondie des raisons qui ont amené les époux à ne pas établir un acte de mariage, reviendrait à ouvrir la voie à la violation de la loi, voire à l'encouragement des pratiques frauduleuses⁴¹⁰.

Cette procédure tend à établir la preuve de mariage conclu sans respecter les règles imposées par le Code de la famille. Elle trouve son fondement dans l'article 16 disposant que l'acte de mariage constitue la preuve du mariage mais si pour des raisons de force majeure, cet acte n'a pas pu être établi, la loi accorde aux parties une période de cinq ans pendant laquelle les deux époux, ou l'un d'eux, peuvent saisir le juge en lui présentant une demande de reconnaissance de leur mariage. Ces dispositions peuvent être utilisées pour contourner le refus de l'autorisation judiciaire en matière de polygamie⁴¹¹. La section de Casablanca reste vigilante par rapport à ces actes de détournement de la loi. En conséquence, « face à la demande frauduleuse de passer à la polygamie par la procédure de la validation du mariage, et selon laquelle des hommes déjà mariés mettent le tribunal devant le fait accompli en s'y présentant avec une seconde épouse en état de grossesse, ou ayant déjà donné naissance à un enfant, le tribunal de Casablanca exige que l'homme présente la demande d'autorisation de polygamie avant celle de la validation du mariage. Le tribunal confirme la filiation de l'enfant à son père, mais refuse de valider le mariage »⁴¹² même si la décision reste très difficile pour le juge chaque fois qu'il y a des enfants nés de cette union. Ainsi, « c'est pour faire face au dilemme du choix entre la validité du mariage polygamique pour cause d'existence d'enfants et celui de sa nullité pour violation de la loi, que le juge peut dans la même décision faire la distinction entre les conséquences de ce mariage à l'égard des enfants et ses effets pour les époux. En effet, ces mariages peuvent être déclarés nuls, entre les époux, sans que la légitimité des enfants ne soit remise en cause. Le mariage nul donne des effets en matière de filiation. Toute attitude permissive encouragerait plus d'un mari

⁴¹⁰ *Ibid.* p. 55

⁴¹¹ SARHANE, M. HARRAS, op. cité., p. 56

⁴¹² Etude *La perception du Code de la famille. et de son environnement social et professionnel*, op. cité, p. 30

à se passer de la demande d'autorisation s'il sait, à l'avance, qu'il peut valider son deuxième mariage par le recours à la procédure de la reconnaissance du mariage »⁴¹³.

262. Malgré les efforts dont le législateur a fait preuve afin de compliquer le recours à la polygamie et limiter sa pratique, c'est le changement des mentalités, les réalités économiques et sociales qui ne permettent plus la constitution de familles polygames jouant ainsi un rôle important. Reste la solution la plus saine, celle d'abolir la polygamie afin d'instaurer les valeurs d'un foyer stable où la femme marocaine puisse avoir un sentiment de sécurité, sans la menace de cette institution existant encore dans la loi et le risque de voir la fin de sa relation conjugale dans le cas où elle refuserait le projet polygame de son époux.

II- Les conditions de forme : la célébration au Maroc et à l'étranger

263. Il faut apprécier les réformes introduites par le législateur sur deux volets, la célébration du mariage au Maroc (A) puis à l'étranger (B).

A- Le mariage célébré au Maroc

264. Le rôle du tribunal de famille est renforcé puisque pour tout acte de mariage, il faut déposer un dossier préalable à la conclusion du contrat matrimonial. Une fois que l'autorisation est obtenue auprès du juge du tribunal du lieu de la célébration du mariage, les deux adouls peuvent dresser l'acte. L'article 65 exige un certain nombre de documents qui doivent être soumis à la vérification du juge de la famille. Parmi ces pièces, une demande d'autorisation du mariage sur un imprimé spécial dont le ministère de la justice doit déterminer la forme et le contenu. Cette autorisation est exigée dans les cas suivants : le mariage avant la majorité matrimoniale, la polygamie sous réserve que les conditions soient respectées, le mariage de l'aliéné mental et enfin le mariage des convertis à l'Islam et des étrangers.

⁴¹³ SARHANE, M. HARRAS, op. cité, p. 57

265. Si la loi traite clairement les trois premiers cas, elle reste muette sur la situation des convertis à l'islam et des étrangers. Le postulant ne peut pas être informé sur l'enquête dont il fait l'objet. Il a juste le droit de faire appel puisque la loi ne l'interdit pas. La situation reste très délicate spécialement pour le converti à l'islam. L'exigence d'une autorisation de mariage pour le converti reste discriminatoire, contraire à l'esprit de religion et le prive de l'égalité prônée par l'islam. Elle n'a pas lieu d'être pour la simple raison qu'aucun juge ne peut vérifier la sincérité du converti et la force de sa foi. Cette dernière reste intime, relevant de la conscience de chacun⁴¹⁴.

C'est après l'examen des documents par le juge de la famille, qu'il autorise deux adouls à dresser l'acte de mariage. Ainsi, même pour les formalités administratives, « le nouveau Code renforce le pouvoir du juge et écarte peu à peu les adouls du domaine familial »⁴¹⁵. Ces derniers endossent un rôle de simples aides judiciaires en se limitant à la rédaction de l'acte du mariage. C'est une mission de contrôle malgré tout cruciale. En effet, les adouls doivent porter sur l'acte les déclarations de célibat des deux fiancés accompagnés « de documents justifiant la situation légale à l'égard de l'acte à accomplir »⁴¹⁶. Ces dispositions ont pour but de limiter les mariages polygames clandestins puisque, désormais, il paraît difficile de dissimuler son état de personne marié.

Dans le cas où il y a fraude, elle est sanctionnée par le code pénal. À la demande de la personne lésée les dispositions de l'article 366 du code pénal⁴¹⁷ seront applicables à toute personne ainsi qu'à ses complices pour le recours à la fraude pour l'obtention de l'autorisation du mariage ou d'un certificat d'aptitude⁴¹⁸.

⁴¹⁴ O. MOUNIR, *Le nouveau droit de la famille. au Maroc, Essai analytique, Le sort es mariage mixte, Les marocains à l'étranger*, Ed. Cheminements, 2005, p. 45-46

⁴¹⁵ M. MOUNJID, op. cit., p. 52

⁴¹⁶ Article 65.C.F

⁴¹⁷ Article 366.C. P. « Est puni de l'emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 200 à 1.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement, à moins que le fait ne constitue une infraction plus grave, quiconque : 1° Etablit sciemment une attestation ou un certificat relatant des faits matériellement inexacts; 2° Falsifie ou modifie d'une façon quelconque une attestation ou un certificat originairement sincère ; 3° Fait sciemment usage d'une attestation ou d'un certificat inexact ou falsifié ».

⁴¹⁸ Article 66.C.F

266. Il faut tout de même souligner que le Code ne détermine pas les pièces à fournir pour prouver le nombre de mariages antérieurs et leur destin. Il a laissé au juge cette tâche qui sera traitée en fonction du cas d'espèce, ce qui donne lieu à une variation de traitement d'un tribunal à l'autre.

267. Il est possible de conclure que le Code, en voulant mettre fin à toute fraude, a alourdi la liste des pièces à fournir pour la conclusion du mariage. La procédure exigeant, en plus, la création d'infrastructures très coûteuses et une organisation judiciaire pas toujours évidente, elle est loin de servir le mariage et ne répond pas à la simplicité exigée par l'Islam. Notons aussi que le Code, comme l'ancien, ne souffle aucun mot sur le livret de famille. Ce dernier ne peut être obtenu par les jeunes époux que quand l'extrait de l'acte de mariage a été envoyé à l'officier d'état civil du lieu de naissance des époux dans un délai de quinze jours et avec certificat de remise. Si l'un ou les deux époux ne sont pas nés au Maroc, c'est au procureur du roi près du tribunal de première instance de Rabat de recevoir l'extrait de l'acte⁴¹⁹. Cela est évidemment trop lourd sachant que cet acte contient onze mentions obligatoires qui en font un document complexe. Si l'extrait ne parvient pas aux autorités adéquates, il ne peut y avoir d'obtention du livret de famille. Le Code ne donne aucune solution à ce cas.

268. Avant de traiter la preuve du mariage, il est adéquat de noter une remarque importante. Il s'agit d'un article de l'ancienne moudawana qui a disparu dans le nouveau Code de la famille. C'est l'article 42 par lequel l'ancienne loi exigeait, entre autres mentions relatives à l'état de l'épouse, la précision qu'elle est vierge ou non. Cela a été abandonné et répond au mieux aux réalités sociales marocaines et à une meilleure estime de la femme et au respect de son intimité. Il convient de saluer cette évolution.

269. La deuxième réforme en la matière est consacrée par l'article 16. Elle concerne la preuve de l'union matrimoniale. Cette dernière ne peut plus être apportée ni par le recours à l'acte testimonial ni par les aveux échangés entre les époux ; seul « le document de l'acte de mariage constitue la preuve valable du mariage »⁴²⁰. Afin

⁴¹⁹ Article 68. C. F

⁴²⁰ Article 16. C. F

de ne pas créer des situations conflictuelles, et à titre exceptionnel et provisoire, une action de reconnaissance de mariage peut encore être intentée. Dans le cadre de cette action et si des raisons impérieuses ont empêché que l'acte de mariage soit établi, les parties peuvent produire un acte testimonial ou un acte d'échange d'aveux entre époux. Cette disposition est indispensable en raison de la réalité sociale marocaine et du grand nombre de mariages contraires à la loi, sans possession d'acte. La loi a fixé une période transitoire de cinq ans pendant laquelle l'action pouvait être recevable à compter de l'entrée en vigueur du Code de la famille afin de mettre chacun devant ses responsabilités et de mettre fin aux incertitudes.

Le délai de cinq ans a expiré fin février 2009 avec la conclusion qu'il y a toujours une catégorie de Marocains qui ne se marient pas selon les règles légales et qui préfèrent le mariage conclu par la seule Fatiha. L'Etat a alors prolongé ce délai pour cinq ans de plus afin de redonner une sorte de dernière chance aux plus réticents au mariage légal⁴²¹, surtout que 76000 demandes de reconnaissance de mariages ont été déposées auprès des tribunaux de la famille entre 2004 et 2007 pour arriver pas moins de 45.122 jugements de reconnaissance de mariages conclus auparavant avec la Fatiha en 2011⁴²².

Cette réticence de conclure un mariage qui respecte le droit de la famille ne vient pas seulement de ce « renforcement du fait religieux », préférant un mariage selon les règles islamiques et rejetant les règles légales. Cette réticence vient essentiellement de l'ignorance de la population et surtout des femmes de leurs propres droits. Il faut comprendre que la plupart des femmes qui optent pour le mariage strictement religieux ne savent pas qu'elles seront privées d'avoir un livret d'état civil et qu'elles ne pourront même pas inscrire leurs enfants à l'école. Plus grave que cela, s'il cela est possible, les enfants de ces unions ne seront pas reconnus comme des enfants légitimes. Ainsi, ils seront privés de tous droits et seront considérés comme inexistantes pour l'Etat.

⁴²¹ Le conseil du gouvernement du 29 janvier a adopté un projet de loi pour proroger le délai, qui devait expirer initialement à la fin février, de cinq années supplémentaires.

⁴²² Voir les rapports de l'ONG Initiatives pour la promotion des droits des femmes ; l'Economiste le 5/2/2014, le lien : <http://www.leconomiste.com/article/916354-mariages-sans-actesce-que-cache-la-r-gularisation>.

Cette réalité a été dénoncée par plusieurs associations féminines de lutte contre la violence à l'égard des femmes. Elles ont organisé des caravanes de sensibilisation pour essayer de réconcilier la population rurale avec les pratiques modernes du mariage, les poussant ainsi à se conformer aux dispositions du Code de la famille⁴²³. Mais elles restent très pessimistes quant à la fin de cette pratique. Même si l'Etat donne une décennie à ces familles afin de régler leur situation et essentiellement celle de leurs enfants, d'autres se créeront. Tant que les femmes marocaines seront ignorantes de leur propre droit et soumises à la volonté des hommes qui ne désirent avoir aucune obligation ni envers elles ni envers leurs enfants, ces mariages perdureront. Ce n'est pas seulement la faute de l'homme qui trouve son compte dans ce genre de relation. C'est aussi la faute de la femme qui accepte cette situation. Alors est-ce que la position de l'administration marocaine est efficace ? Et quelles sont les ripostes judiciaires réelles dans le cas d'un non-respect de la loi ? Faut-il une répression pénale de cette pratique ? Il n'est certes pas évident de trouver une solution mais à voir les dommages causés par ce type de mariage, essentiellement sur les enfants nés de ces unions, une réponse stricte doit voir le jour.

B- Le mariage célébré à l'étranger

270. Pour ce qui est de la célébration du mariage des Marocains à l'étranger, le Code a consacré, pour la première fois, la règle *locus regis actum*. Le mariage est soumis désormais quant à sa forme, à la loi du lieu où il est passé. Cette disposition a été rédigée avec réserve. Il est vrai que c'est la première fois dans l'histoire du statut personnel marocain que la loi reconnaît un mariage civil mais sous conditions, afin de garder l'esprit du mariage comme il est au Maroc et surtout en Islam. Malgré la confiance faite aux autorités étrangères, le législateur marocain ne peut rester totalement indifférent à certaines exigences fondamentales. Ainsi, l'article 14 dispose que « les Marocains résidants à l'étranger peuvent conclure leur mariage en conformité avec les procédures administratives locales, pourvu que soient réunies les conditions du consentement et l'aptitude et qu'il n'y ait pas d'empêchements légaux

⁴²³ Voir. Les activités de l'A.M.V.E.F, amvef.org/html_fr/association.html, et le site magharebia.com

et pas de renonciations à la dot « *sadap* » ; et en présence de deux témoins musulmans et du wali si cela est nécessaire ». Ces conditions doivent être respectées, un mariage entre une musulmane marocaine et un non musulman ne peut être valide devant les tribunaux marocains, même s'il est considéré comme tel par la loi française. La seule condition qui a profité d'un allègement est la dot puisque le silence sur la dot ne conduit plus à la nullité. Ce qui est exigé, c'est que l'acte de mariage ne contienne pas une renonciation de la femme à sa dot⁴²⁴. L'article 15 distingue deux situations pour que l'acte du mariage soit reconnu par les autorités marocaines : la première selon laquelle les intéressés doivent l'enregistrer, dans un délai de trois mois, auprès de l'autorité consulaire marocaine du lieu où l'acte est établi. La seconde s'applique à défaut d'autorité consulaire. Dans ce cas, une copie doit être envoyée directement au ministère des affaires étrangères.

271. Dans tous les cas une copie de l'acte de mariage est envoyée aux autorités de l'état civil du lieu de la naissance des époux, s'ils sont nés au Maroc et au procureur du roi du tribunal de la famille de Rabat, si un des époux, ou les deux, sont nés en dehors du territoire marocain. Cette condition paraît assez contraignante et amène à poser la question de son utilité. En effet, cette mesure est prise en application de l'article 22 du dahir du 3 octobre 2002 portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil. Elle impose la consignation des actes de mariage et du divorce en marge de l'acte de naissance des intéressés. Le but est la connaissance de l'état matrimonial des personnes par la simple production de l'acte de naissance. De ce fait, cette loi permet de faciliter le contrôle de l'état matrimonial des personnes afin d'éviter toute fraude aux règles du mariage tant au Maroc qu'à l'étranger.

⁴²⁴ F. SERHANE, op. cité, *Gaz.pal.* p. 8

CONCLUSION DU CHAPITRE I

272. Les réformes entreprises par le législateur en matière de formation du mariage sont importantes. Les précédents développements montrent bien le chemin parcouru pour redéfinir l'institution du mariage du droit musulman classique, en faire une adaptation plus moderne. Ainsi, l'histoire du mariage marocain montre le développement de ce dernier et l'importance de l'exercice entrepris par le législateur pour adapter l'institution aux besoins de la société marocaine à travers les époques.

273. Cette institution reste le seul fondement possible de la famille au Maroc. Sa formation et les conditions de sa création pèsent énormément dans la naissance du rapport conjugal et même dans le fond de la relation familiale entre les individus. La réforme du Code de la famille de 2004 tend vers plus de contrôle, afin d'assurer le respect des préceptes musulmans mais aussi des exigences de la famille marocaine moderne. Ainsi, le législateur est entre la sévérité et la souplesse, l'interdiction et la permission. Reste la pratique et ses aléas qui entre dans le cadre des responsabilités des juges. Ces derniers jouissent d'un grand pouvoir d'appréciation pour garantir le respect des réformes et des règles de formation du mariage.

CHAPITRE II: LES EFFETS DU MARIAGE MAROCAIN

274. Le Code de la famille actuel se situe entre le changement et la continuité. Il consacre de nombreuses innovations. Ces dernières ont touché essentiellement les effets du mariage marocain. Les rapports entre les époux ont connu une révolution qu'il sera intéressant de constater, entre l'ancienne moudawana et le texte actuel (section I). Pour la première fois, les innovations touchent une institution qui n'a jamais connu de changement et qui fait partie des effets du mariage : la filiation. Les rapports entre les parents et les enfants ont aujourd'hui une finalité suprême qui est la protection de l'enfant qui prime sur toute autre considération (section II).

SECTION I: Les effets du mariage entre époux

275. Les relations entre les époux marocains ont connu un changement qui s'explique par l'évolution de la société et l'accès de la femme au monde du travail. Les rapports entre époux ne sont plus fondés sur le schéma classique qui consiste dans une relation complémentaire entre le mari qui entretient financièrement le foyer et l'épouse qui y reste pour s'occuper de son bon déroulement. Pour mieux comprendre ce principe basé sur le droit musulman classique, il faut étudier les droits et obligations des époux selon la première moudawana qui posait des règles différentes de celle du droit français en ce qui concerne leurs rapports personnels ou pécuniaires (paragraphe I).

276. Contrairement au droit français, le principe d'égalité ne verra le jour au Maroc qu'après la réforme de 2004. Le législateur marocain a ainsi essayé d'inclure des règles plus égalitaires dans les relations personnelles entre époux et leur donner plus de possibilité de gérer leur rapport pécuniaire mais le principe de complémentarité persiste (paragraphe II).

Paragraphe I: Une moudawana inspirée du droit musulman classique

277. À l'aube de l'indépendance, puisque le législateur est resté très fidèle aux dispositions du rite malékite, il s'est inspiré des règles de droit musulman classique pour légiférer sur les relations au sein de la famille marocaine. Les relations entre les époux obéissaient à une structure simple, où chacun avait un rôle bien déterminé à jouer. Le mari assurait des obligations d'ordre matériel et l'épouse, placée sous sa protection, jouait un rôle domestique. Si les règles du droit musulman peuvent s'expliquer (I), le législateur marocain, en rédigeant la réforme de la moudawana en 1993, tout en conservant son archaïsme jusqu'à 2004, a omis de penser au futur et aux évolutions sociales, en gardant le partage des rôles comme il est perçu par les mœurs et les pratiques d'un autre temps (II).

I- Les relations conjugales en droit musulman classique

278. L'Islam est apparu dans un environnement exclusivement masculin. La femme n'avait aucune condition, aucune personnalité, considérée comme un objet dont la famille de son époux défunt pouvait hériter. En effet, « au décès du mari elle passait à son héritier le plus proche, lequel avait le droit de la prendre pour femme lui-même ou de la marier »⁴²⁵. Le Coran garde une trace de cette situation : « il ne vous est pas permis (ô Musulmans) de recueillir les femmes à titre de succession contre leur gré »⁴²⁶. Dans ces conditions, le message de l'Islam était révolutionnaire pour l'époque. Il a apporté des changements considérables dans la condition juridique de la femme mariée en définissant les rôles de chacun dans le ménage conjugal et en lui donnant une personnalité juridique⁴²⁷.

Le fikh malékite est très fidèle à cette répartition mais il retient, comme la majorité des rites musulmans, la prééminence et la domination maritale au sein du couple (A) en l'expliquant par la nature des devoirs du mari (B) envers son épouse et en minimisant le rôle de cette dernière (C).

⁴²⁵ L. MILLOT, op. cit. p.323

⁴²⁶ *Ibid.*,

⁴²⁷ Le hadith qui renvoie à ces règles est celui dans lequel le prophète a dit « Chacun de vous est un berger est responsable de son troupeau. Le prince est un berger ; l'homme est un berger vis-à-vis de ceux qui sont sous son toit ; la femme est une bergère pour la maison de son mari et pour ses enfants. Chacun de vous est un berger et chacun de vous est responsable de son troupeau », EL BOUKHARI, op. cit., chapitre 91, p. 771.

A- La domination maritale au sein du couple

279. La prééminence maritale puise son sens dans l'idée de la supériorité de l'homme sur la femme qui repose sur une interprétation du verset 34 de la sourate IV du Coran, liée à la condition socio-économique de la femme des premiers temps de l'Islam⁴²⁸. La traduction française du verset est : « les hommes sont supérieurs aux femmes à cause des qualités par lesquelles Allah a élevé ceux-là au-dessus de celles-ci et qu'ils les dotent de leur bien ». Cette traduction, comme nous le verrons, reste controversée et elle n'est pas fidèle aux termes utilisés dans le texte original. Il n'en reste pas moins que la majorité des docteurs s'est fondé sur cette traduction. Ainsi, l'idée selon laquelle l'Islam prône la supériorité de l'homme sur la femme reste majoritaire dans les écrits juridiques et sociologiques. Cette supériorité est essentielle en raison de la place qu'occupe l'homme dans le groupement et la tribu. Si elle est « rendue nécessaire par l'unité de direction qu'impose tout groupement, cette domination du mari n'est pas moins le reflet de la supériorité de l'homme sur la femme, supériorité proclamée en termes peu discutables »⁴²⁹.

280. C'est donc la force matérielle et physique de l'homme et sa capacité de subvenir à tous les besoins économiques qui justifient cette prééminence de l'époux sur sa femme. Tabari⁴³⁰ et Razi⁴³¹ empruntent cette idée. C'est en raison de la condition de la femme, puisqu'elle est un être fragile, démunie qu'elle a besoin de la protection de l'homme, même dans les domaines les plus intimes, comme l'accomplissement de ses devoirs religieux, en la mettant en position de « mineure ». Ainsi, le mari a le droit de lui interdire certaines visites, de contrôler ses sorties, de fixer le domicile conjugal ou de l'obliger à le suivre en voyage⁴³². Cette situation donne à l'époux le droit de correction limité sur sa femme⁴³³. Elle explique les

⁴²⁸ A. MOULAY RCHID, *La condition de la femme au Maroc*, Ed. De la faculté des sciences juridiques économique et sociale de Rabat, 1985, p. 295.

⁴²⁹ B. DURANT, op. cité, p. 87

⁴³⁰ TABARI, *Mashaf ashshourouq. Al moufassir, Al mouyassir Moukhtassar*, Dar Achourouk, Le Caire, p. 91

⁴³¹ RAZI, *Attafssir Al Kabir ou mafâtiḥ al gahyb*, Tome 6, p. 100- 102

⁴³² B. DURANT, op. cité, p. 87

⁴³³ J. SCHACHT, *Islam d'hier et d'aujourd'hui. Introduction au droit musulman*, Ed. Maison neuve & Larose p. 140

punitions dont dispose ce dernier pour châtier les manquements éventuels. Sur ce point, le droit musulman classique distingue entre les violences graves qui sont interdites et les violences légères qui sont permises⁴³⁴. Les juristes soulignent que la violence physique traduite par les coups vient après la « réprimande » et la « rupture des relations conjugales ». D'autres docteurs pensent freiner les abus et la violence grave en prônant, comme le fait Khalil⁴³⁵, que les coups ne soient « sans exagération, par exemple sans lui rompre l'os » ou comme dit Ibn Qudâma, de « battre modérément »⁴³⁶. Le rite malékite n'a pas approfondi cette permission que certains jurisconsultes musulmans ont donnée au mari pour corriger sa femme. Bien au contraire, il autorise cette dernière et de façon très libérale, à obtenir le divorce pour préjudice, y compris pour manquement au devoir conjugal.

281. Un autre argument joue en faveur de la présumée supériorité de l'homme sur la femme. Certains auteurs évoquent le besoin de la famille d'un chef qui ne peut être que l'homme⁴³⁷. Comme pour toute institution, il faut un chef et dans ce cas précis, l'homme est le mieux placé pour exercer cette fonction⁴³⁸. Si la femme se rebelle et refuse d'obéir, son mari a le droit de la corriger, en l'admonestant, en la reléguant à part, en la frappant sans la faire souffrir. Cette attitude est permise au chef, en vue de l'intérêt de la famille et d'une bonne coexistence⁴³⁹.

282. Cette valorisation outrancière de l'homme ne se justifie sur aucun plan, qu'il soit biologique, social ou même logique. L'homme n'est pas toujours plus fort ou plus riche que la femme⁴⁴⁰. Le titre de chef ou la supériorité masculine ne trouve de mérite nulle part et surtout pas dans la vie du prophète Mohammed, modèle de tous les musulmans. Sa première épouse, Khadija, était plus riche que lui et ses paroles vont vers une égalité, certes partielle, mais idéale pour l'époque, en affirmant que « Chacun de vous est pasteur, chacun de vous est responsable de son troupeau,

⁴³⁴ A. MOULAY RCHID, op. cit. p. 301.

⁴³⁵ KHALIL BEN ISHAQ, op. cit., n° 3, pp. 610-611.

⁴³⁶ B. DURANT, op. cité, p. 88.

⁴³⁷ M. ABDOU, *Le commentaire du Manar. Maktabat al Manar*, 1910, tome 2. p. 375-381. (*idem*, M. R. Ridha, *Tafsir al Manar*, tome 2, p. 380.

⁴³⁸ S. KHOTB, *Fi dhilâl al qourân*, tome 2, p. 350-357. Dans ce sens, AL BAHY AL KHOULI Al mar'a bain el bait wal moujtama », p. 84-94 et A. M. AL JABBI, *Al mar'a fi attasawwour al islami*, Ed. Matba'at Attaqadoum, le Caire.

⁴³⁹ M. ABDOU, op. cité. p. 380.

⁴⁴⁰ M. A. LAHBABI, *La personne en Islam. La condition de la femme*, Dawat al Haqq, n°9-10, année II, août 1969, p. 17-18.

l'imam est pasteur et donc responsable de son troupeau, l'homme est pasteur au sein de sa famille et, donc, responsable de son troupeau. La femme est pasteur en la maison de son époux et, donc, responsable de son troupeau ». Ce hadith est la preuve que la femme, comme l'homme, a une responsabilité, qu'il y a un partage de tâches au sein de la famille de l'époque.

283. À présent, il est nécessaire de voir également les traductions du verset coranique 34, sourate IV en langue française. En partant du constat que la femme est inférieure à l'homme, les termes traduits sont erronés. Selon la traduction de Godefroy-Demombyne⁴⁴¹ ou celle de Kasimirski utilisée par L. Millot, « Les hommes sont supérieurs aux femmes... » alors que selon la traduction de Masson ou Blacher, « Les hommes ont autorité sur les femmes... ». D'autres utilisent le terme « prééminence »⁴⁴². Dans la version originale, le terme arabe est « qawwamoûn ». Les trois termes utilisés ont une autre traduction en langue arabe et qui n'est pas celle de « qawwamoûn ». Certains auteurs traduisent ce terme par « soutien » ou « responsables »⁴⁴³ mais cette version maintient la supériorité de l'homme sur la femme. C'est le Professeur A. Moulay Rchid qui plaide en faveur d'une interprétation logique et adéquate. Il donne la traduction suivante : « Les hommes ont la charge des femmes (et ce) en fonction des dons d'Allah a préféré les uns sur les autres (hommes) et en vertu des dépenses que leurs biens (en faveur des femmes) ». Il a procédé à une division du verset : « les hommes ont la charge des femmes... ». Comme pour tout terme arabe, pour le comprendre, il faut revenir à la racine, celle de « qawwamoûn » est q.w.m qui est défini comme s'occuper de..., avoir la charge de... Ainsi, dans le verset « qawwamoûn » est pris dans le sens : les hommes sont chargés des besoins matériels des femmes. La deuxième partie du verset « (Et ce) en fonction des dons dont ALLAH a préféré les uns aux autres (hommes)... » traite des qualités entre les hommes, au sens large, qui diffèrent d'une personne à une autre. Dans la version arabe, il n'y a pas d'utilisation de terme féminin en désignant « les autres », donc la préférence divine vise les dons et non les sexes. Enfin, la dernière partie « ...Et en vertu des dépenses qu'ils font sur leurs biens (en faveur des femmes)

⁴⁴¹ GADEFROY-DEMOMBYNE, « Mohamet », p. 557.

⁴⁴² M. LELONG, *J'ai rencontré l'Islam*, p. 126.

⁴⁴³ A. MOULAY RCHI, op. cit. p 298.

». Ces dépenses correspondent à la division du travail entre l'homme et la femme, au début du message islamique⁴⁴⁴.

284. Reste que la condition de la femme à l'époque justifiait le devoir d'obéissance de l'épouse envers son mari. Le droit de la battre correspondait aux mœurs primitives de l'époque et « il eût...été périlleux pour le succès (de l'Islam) de proclamer l'égalité absolue d'un être faible, jusqu'alors méconnu, avec un être fort, dans une société fondée uniquement sur le droit de force et de l'oppression comme l'était l'ancienne société arabe »⁴⁴⁵.

B- Obligation de l'époux selon le droit musulman classique

285. Si l'Islam a gardé cette image de la suprématie maritale de l'homme, c'est en raison de la série de charges qui pèsent sur lui dans la cellule familiale. Il est le seul responsable de la vie matérielle du groupe. Des auteurs traitent de l'obligation de doter la femme mais le rite malékite l'introduit dans la formation du contrat du mariage comme une condition de sa validité et non dans ses effets⁴⁴⁶.

286. Les autres obligations se ramènent à celle de cohabiter avec l'épouse, la consommation du mariage comme un devoir conjugal, procéder à l'égalité entre épouses dans le cas d'un mari polygame, entretenir l'épouse, s'abstenir à son égard de mauvais traitements et enfin l'autoriser à recevoir et visiter tout parent au degré prohibé.

1- Devoir de cohabitation

287. Cette obligation diffère du devoir d'entretien. Le mari doit s'acquitter des deux. La cohabitation exige la fourniture du domicile conjugal à l'épouse. Après la célébration du mariage, elle y est conduite par l'époux qui est dans l'obligation de la

⁴⁴⁴ A. MOULAY RCHI, op. cit. p 299.

⁴⁴⁵ *Ibid.* p. 301.

⁴⁴⁶ *Supra* n° 93 et s.

réclamer lorsque celle-ci est nubile sous peine de mise en demeure de la recevoir⁴⁴⁷. « Le mari a le choix du genre de vie de la famille »⁴⁴⁸, c'est lui qui décide s'ils vivront avec ses parents ou seuls, du type du domicile et de son endroit puisque l'épouse suit son mari où il s'installe. Il décide d'embrasser une vie stricte ou plus libérale, la femme n'avait pas d'opinion, à part être en accord avec les choix de son époux. Ce dernier est obligé d'être avec elle, ne pas s'absenter longtemps sans justification ; sinon, la femme serait en droit de se plaindre et de demander le divorce pour délaissement et éloignement, même s'il n'était pas volontaire du moment qu'il n'aurait pas de cause légitime. L'exemple le plus connu dans le monde arabe est celui de l'emprisonnement du mari dont la peine dépasse les deux ans, durée légitime pour demander le divorce pour éloignement⁴⁴⁹.

2- Devoir conjugal

288. Le rite malékite attribue une importance cruciale à ce devoir. La consommation du mariage doit être continue et ne doit pas cesser. Dans ce cas aussi, la femme a le droit de demander la dissolution du mariage s'il s'avère que le mari est incapable de consommer le mariage à cause d'un vice rédhibitoire comme l'impuissance dont elle ignorait l'existence au moment de la conclusion de l'acte matrimonial. Si la non-consommation est attribuée à une cause accidentelle survenue après la conclusion du mariage et qu'elle est susceptible de disparaître, le juge accorde un délai d'un an au mari pour faire acte de virilité. Après l'expiration de ce délai, le droit musulman classique distingue entre la femme vierge et la femme qui n'est plus vierge. Dans le premier cas, le constat de l'impuissance de l'époux est évident si l'épouse reste vierge, le juge lui accorde la dissolution. Pour le deuxième cas, ce sont les serments qui éclairent le juge. Si l'époux prête serment qu'il a accompli son devoir conjugal, sa déclaration fait foi et la demande de l'épouse est rejetée. S'il s'y refuse, c'est l'épouse qui jure qu'il n'y a pas eu consommation dans le délai accordé. Ce serment établit l'impuissance du mari et la dissolution est accordée à l'épouse⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ L. MILLOT, op. cit, p. 324.

⁴⁴⁸ A. MOULAY RCHID, op. cit, p. 302

⁴⁴⁹ L. MILLOT, op. cit, p. 325.

⁴⁵⁰ L. MILLOT, op. cit, p. 325. .

Les autres rites ne sont pas aussi stricts sur ce point. Le mari n'est tenu qu'à la consommation du mariage sans exigence de devoir conjugal continu. Alors que les malékites se fondent sur le principe qu'un des buts du mariage est la procréation, Khalil va plus loin. Pour lui, les relations sexuelles sont un devoir du mari et si la femme constate la non-consommation, elle est dans l'obligation de demander la dissolution du lien conjugal dans de telles circonstances⁴⁵¹.

289. Il est judicieux par conséquent de constater que le devoir de fidélité à l'épouse n'apparaît nulle part. Si la loi musulmane punit l'adultère du mari, c'est parce que ce dernier a eu une relation hors mariage et par conséquent il a commis le crime du *zinâ*. Il sera puni comme un célibataire sauf que sa peine sera plus sévère et cela non par rapport aux dommages causés à l'épouse mais parce qu'il est moins excusable puisqu'il a déjà une ou plusieurs femmes avec lesquelles il peut avoir des relations charnelles et légitimes⁴⁵². En revanche, la femme a le droit de demander la dissolution de son lien conjugal avec l'époux condamné pour le crime du *zinâ*⁴⁵³. La fidélité du mari ne devient une obligation entraînant rupture du mariage que dans un cas, si dans le contrat de mariage, il existe une clause qui interdit au mari de contracter un deuxième mariage polygame. Il est difficile de soutenir l'existence du devoir de fidélité imposé au mari en droit musulman avec l'existence d'une institution comme la polygamie.

3- Devoir d'égalité entre les épouses en cas de polygamie

290. La polygamie impose au mari de traiter également ses épouses. Selon Durant, « cela s'entend d'une égalité quant au train de vie qu'il doit leur assurer mais aussi du devoir qui pèse sur lui à respecter quant à sa présence à leurs côtés »⁴⁵⁴. Cette égalité est évaluée selon les docteurs malékites par le temps que le mari passe avec chacune de ses épouses. Ainsi, le « roulement » entre les épouses doit respecter la règle des 24 heures selon un ordre établi par le mari et qu'il doit respecter sauf

⁴⁵¹ *Ibid.*

⁴⁵² *Supra.* n° 136.

⁴⁵³ L. MILLOT, *op. cit.* p. 325

⁴⁵⁴ B. DURANT, *op. cité*, p. 101.

dispense légale⁴⁵⁵. Khalil parle de partage de nuit, même s'il n'y a pas de relation sexuelle ou que le mari est malade. Dans l'intimité de l'appartement de chaque femme, l'époux se comporte comme bon lui semble. La loi ne l'oblige qu'à consacrer le même temps à chaque épouse et ce sans faire de différence entre elles, qu'elles soient musulmanes, chrétiennes ou juives⁴⁵⁶. C'est pour ces raisons que l'égalité des sentiments ne peut ni être vérifiée ni réelle, et donc impossible entre les épouses, autre argument qui remet en question l'institution de la polygamie.

Reste que, l'obligation du roulement de 24 heures imposée par les malékites connaît des exceptions dans la pratique⁴⁵⁷. La première traite de priver la femme de la visite du mari en cas de désobéissance. Ainsi, il la punit en la privant de son tour de visite⁴⁵⁸. La deuxième se présente lorsque le mari contracte un nouveau mariage. Si la nouvelle épouse est vierge, l'époux reste à ses côtés sept nuits de suite⁴⁵⁹. Si elle ne l'est pas, il restera trois nuits et le roulement se rétablit juste après cette période. Cette règle est inspirée de la vie du prophète, comme la troisième exception traitant du cas de la maladie de l'époux⁴⁶⁰. Si ce dernier est transportable, il doit continuer à partager ses nuits. Dans le cas contraire, libre au mari de choisir la femme chez laquelle il se fera conduire pour y rester jusqu'à sa guérison⁴⁶¹. La quatrième exception traite de l'accompagnement du mari lors de ses voyages. Il lui est permis de n'en emmener qu'une. La question est de savoir comment sera désignée l'épouse qui accompagnera l'époux ? La majorité des auteurs malékites laissent la liberté du choix au mari s'il s'agit d'un voyage quelconque et de tirer au sort dans le cas du pèlerinage⁴⁶². Enfin, la dernière exception intervient quand une des épouses cède sa place à une autre. Ainsi, toujours d'après Khalil, « une femme peut offrir spontanément son tour à une coépouse, laquelle ne peut alors refuser. Elle pourrait aussi obtenir d'une autre femme moyennant un prix, qu'elle lui cédât son tour. Dans ces deux hypothèses, la substitution ne peut avoir lieu qu'avec l'assentiment du mari »⁴⁶³

⁴⁵⁵ *Ibid*,

⁴⁵⁶ *Ibid*. p.328.

⁴⁵⁷ AL-BOUKARI, op.cit. chapitre 98, p. 775

⁴⁵⁸ B. DURANT, op. cité, p. 101.

⁴⁵⁹ AL-BOUKARI, op.cit. chapitre 101, p. 776.

⁴⁶⁰ Le prophète lors de sa dernière maladie a demandé d'être transporté chez Aïcha, voir. El BOUKHARI, *Les traditions islamiques*, 4vol. Publication de l'Ecole des langues orientales, Trad. O. HODAS, Paris, 1908.

⁴⁶¹ EL BOUKHARI, op. cit., chapitre 105, p. 778.

⁴⁶² KHALIL. op. cit., Trad. G. H. Bousquet, vol 4 Alger, 1956-1962, § 134

⁴⁶³ *Ibid*.

291. La réglementation a pour but d'assurer un traitement égal entre les épouses mais dans la pratique, il y a toujours une favorite parmi elles qui a autorité sur les autres. Généralement, il s'agit de la première épouse parce qu'elle est la plus expérimentée ou de la plus jeune parce qu'elle est la dernière arrivée ou enfin celle qui a donné un enfant mâle au mari en mal de progéniture masculine⁴⁶⁴. La société marocaine jusqu'à l'époque de nos grands-parents est riche d'histoires de famille racontant intrigues et ruses entre les coépouses dignes des plus grands stratèges et d'une imagination dont pourront s'inspirer les plus grand scénaristes.

4- Devoir de l'entretien de la femme (nafaqua)

292. Le mari a le devoir de subvenir à l'entretien de sa femme, quelle que soit sa fortune, qu'elle soit riche ou pauvre ou qu'elle soit musulmane, chrétienne ou juive. Il ne peut pas l'obliger à travailler et à participer aux charges, même si le ménage passe par une crise économique⁴⁶⁵. La femme a le droit à un entretien complet⁴⁶⁶ qui lui permet de vivre décemment. Il comprend la nourriture, l'habillement, le logement, la domesticité, les soins médicaux et tout ce qui concerne la vie quotidienne. Ce droit commence selon les malékites au moment « où le mariage est consommé ou lorsque la femme pouvant supporter la consommation, s'est offerte au mari »⁴⁶⁷, alors que chez les hanafites le devoir de l'entretien pèse sur le mari dès la conclusion du mariage, même si la consommation ne peut avoir lieu, vu l'âge de la femme⁴⁶⁸.

293. Il existe des cas où le mari n'est plus obligé de subvenir aux besoins matériels de sa femme, si cette dernière quitte le domicile conjugal ou s'obstine à travailler malgré le désaccord de son époux. En résumé, il s'agit d'une idée qui consiste à ce que l'entretien vient comme une contrepartie exigeant une possession de la femme. Tant qu'elle a choisi d'être hors possession de son mari, ce dernier est libéré⁴⁶⁹. Donc le principe est que l'obligation de l'entretien dure autant que le mariage et cesse avec

⁴⁶⁴ L. ROCHES, *Trente deux ans à travers l'Islam*, I, p. 351

⁴⁶⁵ Coran 2, 233 ; 65, 6

⁴⁶⁶ BORMANS, op. cit. p. 21

⁴⁶⁷ KHALIL, op. cit. §168 et s

⁴⁶⁸ L. MILLOT, op. cit. p. 333.

⁴⁶⁹ *Ibid*, p. 332, et B. DURANT, op. cit. p. 103

la rupture du lien mais il y a des situations qui obligent le mari à entretenir sa femme malgré la fin du mariage. Dans le cas du décès de l'époux, les malékites admettent que la veuve a droit au logement aux frais de la succession pendant sa retraite de continence. La même chose vaut pour la femme qui a subi une répudiation révocable, la durée de sa retraite de continence lui garantit l'entretien par son ex-époux⁴⁷⁰. Si au cours de cette retraite, il s'avère qu'elle est enceinte, elle a le droit à l'entretien par le père jusqu'à la naissance de l'enfant et si elle allaite un enfant commun, c'est jusqu'à la fin de l'allaitement⁴⁷¹.

294. Les auteurs ont été très précis pour ce qui est des frais de l'entretien⁴⁷². Ainsi, ils développent des précisions pour ce qui est de chaque aspect de l'entretien. Pour la nourriture, ils donnent à la femme le droit de tout consommer même si « elle a un appétit extraordinaire »⁴⁷³ et elle peut exiger un supplément si elle tombe malade ou enceinte. Pour le logement, cela dépend de la fortune du mari et de ses capacités financières mais il est obligé de lui fournir l'intimité d'un appartement ou d'une chambre. Dans le cas de polygamie, il ne peut contraindre ses femmes à vivre sous le même toit. Et si le mari ne peut obliger sa femme à habiter avec ses proches sauf si elle d'humble condition, il peut par conséquent, s'opposer à ce que la femme garde auprès d'elle un de ses parents ou son enfant issu d'un autre lit, même si ce dernier est mineur. Enfin, l'ameublement est à la charge de l'époux et il doit être en accord avec la condition sociale de l'épouse. Les auteurs n'ont pas oublié les vêtements et les accessoires. Le mari doit fournir un vêtement d'hiver, un autre d'été mais les juges prennent plus les usages et les coutumes en compte pour évaluer cette obligation. Il doit fournir les cosmétiques, parfums et objets nécessaires à l'entretien de son physique, ses cheveux et sa peau. Les frais de l'entretien reposent essentiellement d'une part, sur la position du mari et la condition de la femme et d'autre part, sur les usages et les coutumes du pays. La sanction de l'obligation de l'entretien est le droit ouvert à la femme de réclamer la dissolution du mariage, à

⁴⁷⁰ « Logez les femmes que vous avez répudiées où vous logez vous-même ». Coran, LXV, 6 et II, 242.

⁴⁷¹ « Ayez soin de celles enceintes ; tâchez de pouvoir à leur besoin jusqu'à qu'elles aient accouché ». Coran, LXV, 6.

⁴⁷² B. DURANT, op. cit. p. 103.

⁴⁷³ KHALIL, op. cit. §168.

moins qu'elle préfère recourir à des mesures d'exécution forcée sur les biens du mari⁴⁷⁴.

5- Les visites

295. C'est le Khalifa Omar qui a étendu la règle exigeant la permission de sortir faite par le mari à sa femme à toutes les musulmanes⁴⁷⁵. Selon Bormans, le verset coranique qui traite de ce sujet ne visait que les femmes du prophète. La pratique a instauré des règles plus simples. Ainsi, le mari ne peut interdire à l'épouse de rendre visite à ses proches mais il a le droit de contrôler les visites que sa femme reçoit⁴⁷⁶. Le juge permet en revanche au mari d'interdire à sa femme de découcher ailleurs même chez ses parents, sauf s'ils sont malades. En conclusion, les usages et les coutumes du pays jouent un rôle crucial dans le mode de vie familiale. Ainsi, on trouve au Maroc, des régions plus ouvertes, où les femmes sortent et reçoivent sans attendre une permission maritale et d'autres plus fermées où la femme subit un régime de claustration absolue.

C- Les obligations de la femme

296. Le *fikh*, distingue entre deux fonctions des époux. D'une part, les charges financières qui incombent largement au mari et laissent à la femme la liberté de disposer de ses biens et lui épargnent de participer aux dépenses du ménage ; d'autre part, les fonctions qui pèsent sur elle dans l'intérêt de la famille. C'est l'épouse qui garantit le bien-être de tous. Pour arriver à ce résultat, la femme doit d'abord l'obéissance à son mari, habiter au domicile conjugal, être fidèle à son époux, permettre à son mari de gérer la majorité de ses biens et enfin, le cas échéant, c'est à elle qu'incombent les soins du ménage.

1- Devoir d'obéissance au mari

⁴⁷⁴KHALIL, op. cit. §168.

⁴⁷⁵ BORMANS, op. cit. p. 21

⁴⁷⁶ BORMANS, op. cit. p. 21.

297. La femme doit obéissance à son époux et de ce fait, ne pas se refuser à lui. Cette obéissance ne doit évidemment pas être aveugle mais raisonnable. Ainsi, les malékites prônent que « la femme ne lui doit obéissance que dans les choses licites et elle pourrait lui désobéir si ces exigences cessent d'être licites »⁴⁷⁷. En d'autres termes, la femme reste responsable de ses actes et ne peut prétendre d'être hors-la-loi sous prétexte que c'était un ordre de son mari. En même temps, cette règle lui permet de veiller au respect de ses droits, dès que le mari cesse de le faire.

2- Devoir d'habiter au domicile conjugal

298. La règle est que l'épouse même nubile, suit son mari dès la conclusion du contrat matrimonial au domicile conjugal et ne peut ensuite s'en éloigner sans l'autorisation de l'époux ou du juge⁴⁷⁸. Le mari a le droit de l'obliger à le réintégrer *manu militari* ou la répudier si elle s'y refuse. Les exceptions à cette règle sont énumérées par Milliot⁴⁷⁹. Elles sont nombreuses et s'imposent par le biais de clauses licites introduites dans le contrat du mariage. Ainsi, la femme peut refuser d'aller ou de réintégrer le domicile conjugal dans les cas suivants : le premier se présente si elle a stipulé dans le contrat qu'elle continuera à habiter chez ses parents, le deuxième si dans le contrat, est rédigé l'accord selon lequel, le couple vivra en ville, si l'époux change le lieu du domicile à la campagne, l'épouse n'est pas obligée de l'y suivre. Le même résultat s'applique dans le cas d'un accord sur une ville précise comme lieu d'établissement du domicile conjugal ; le changement de ville, libère l'épouse de l'obligation de suivre son époux. Le quatrième cas concerne la femme nubile. Son époux ne peut l'obliger à le rejoindre au domicile conjugal, tant qu'elle n'est pas en état de consommer le mariage ou que la première partie de la dot n'a pas été versée. Enfin, la femme peut se refuser d'accomplir ce devoir dans le cas où le domicile conjugal en question ne remplit pas les conditions de dignité, de moralité et de sécurité auxquelles elle est en droit de prétendre et cela sans réserves ou clauses prévues dans le contrat matrimonial.

3- Le devoir de fidélité

⁴⁷⁷ KHALIL, op. cit. §168.

⁴⁷⁸ EL BOUKHARI, op. cit. chapitre 117, p. 786.

⁴⁷⁹ L. MILLOT, op. cit. p. 338

299. Si le mari n'a pas réellement de devoir de fidélité envers son épouse, ce n'est guère le cas pour l'épouse puisque le droit musulman classique insiste sur cette obligation comme un devoir important porté par la femme⁴⁸⁰. Cette fidélité s'exprimait selon des us et des coutumes sans réel fondement religieux comme l'obligation de voiler les femmes devant les hommes étrangers. Se montrer à visage découvert était considéré comme se laisser désirer.

300. Le port de voile, signe de la femme vertueuse, chaste et fidèle est très controversé pour la simple raison qu'il n'existe pas une règle religieuse claire sur cette question. Le terme voile est utilisé dans le Coran pour différents vêtements et il n'est imposé qu'aux femmes du Prophète. Ainsi, dans la sourate XXXV, le verset 53 dit : « Ô croyants, n'entrez point sans permission dans la maison du *Prophète*, excepté lorsqu'il vous invite à prendre un repas avec lui. Mais lorsque vous y êtes invité, entrez-y, et, dès que vous avez mangé, séparez-vous et n'engagez pas familièrement des entretiens. Si vous voulez demander quelque objet à ses femmes, demandez-le à travers un *voile* ; c'est ainsi que vos cœurs et leurs se conserveront en pureté ». Un autre verset 59 du même chapitre pouvait être considéré comme un fondement de l'obligation du port de voile : « Ô Prophète, prescrit à tes épouses, à tes filles, et aux femmes des croyants de laisser tomber leur voile jusqu'en bas ; ainsi il sera plus facile d'obtenir qu'elles ne soient ni méconnues ni calomniées ». Le contexte de ce verset est très important. En réalité, dans ce cas-là, il ne s'agit pas du voile comme il est défini actuellement mais d'une autre pièce de l'habillement, une sorte de robe appelée "*djilbab*" dont le port était prescrit par le Prophète, non seulement à ses femmes et ses filles mais aussi aux femmes des croyants afin de les distinguer des autres femmes, chrétiennes ou juives⁴⁸¹. Mais il n'existe pas de verset coranique stipulant de manière claire que la femme doit être obligée de porter le voile. La preuve que le voile n'est pas une tradition marocaine vient du fait que les femmes paysannes cultivaient leurs champs sans le porter et dès que le vent de la modernité a soufflé, beaucoup de femmes laissaient leurs cheveux libres sans foulard. Reste que le poids de la tradition joue un rôle très important, les valeurs et les us puisent leurs sources dans différentes règles, religieuses mais aussi et généralement coutumières.

⁴⁸⁰ « Dotez les équitablement ; qu'elles soient chastes ; qu'elles n'aient pas d'amants », Coran, IV, 28.

⁴⁸¹ BORMANS, op. cit. p. 21.

Aujourd'hui, le port du voile est un choix ni salué comme une preuve de chasteté et de bonne éducation ni condamné comme une vieille pratique qui n'a pas lieu d'être.

4- La maîtrise de ses biens

301. L'Islam a donné une personnalité juridique à la femme. Il en résulte qu'elle est entièrement maîtresse de ses biens. Le mariage n'emporte sur elle aucune incapacité. Capable avant la conclusion du mariage, elle le demeure après.

302. Le premier bien dont dispose la femme est d'abord sa dot. Elle devient créancière et en la recevant, elle est propriétaire, ce qui lui donne le droit d'en disposer sans l'autorisation de quiconque. La femme peut être propriétaire de biens avant le mariage comme elle peut en acquérir après. Dans ces cas-là, la solution prescrite par le droit musulman classique est la séparation entière des patrimoines. Cette règle se comprend vue la facilité de la rupture matrimoniale et la possibilité de polygamie ouverte au mari.

Les malékites ont, malgré cette idée de la capacité totale que la femme a sur ses biens, instauré des exceptions pour certains actes⁴⁸². Il s'agit de la donation entre vifs et du cautionnement dans l'intérêt exclusif d'un tiers. Lorsque la femme consent à disposer du plus du tiers de ses biens, elle doit avoir l'approbation du mari et si elle effectue un tel acte, elle devra respecter un délai, généralement d'un an, pour faire une autre donation quel que soit le montant sous peine de nullité de l'acte.

La question qui se pose, gravite autour de l'intérêt de ce contrôle exercé par le mari alors qu'on est en présence d'un état de séparation de biens complète. Les malékites avancent l'argument de la protection de l'épouse, inexpérimentée et faible. Elle pourrait dilapider sa fortune en la donnant à un étranger au grand dam de ses héritiers. Dans ce cas, une autre question s'impose, pourquoi est-ce au mari de contrôler les actes de sa femme ? N'est-ce pas à ses parents et à ses héritiers, ses enfants d'accomplir cette tâche ? Il paraît difficile aux parents d'agir alors qu'ils ont perdu tout contrôle sur la femme mariée et installée avec son époux. Ce dernier est le seul

⁴⁸² Voir L. MILLIOT, op. cit. p. 338.

à être aussi proche pour agir et seulement pendant le mariage. Certains auteurs avancent sa qualité d'héritier pour argumenter ce droit de contrôle sauf que les autres héritiers, les enfants, qui ont une position plus intéressante, ne peuvent intervenir contre les actes de leur mère. Reste une dernière explication plus probable : les donations peuvent difficilement être expliquées lorsqu'elles ont été accomplies pour le profit d'un tiers par une femme mariée. Dans ce cas-là, le mari, gardien de l'honneur du ménage, a le droit d'intervenir pour sauvegarder sa dignité⁴⁸³.

5- Devoir des soins du ménage

303. C'est une des fonctions majeures de l'épouse au point qu'elle fait l'objet de plusieurs écritures des docteurs musulmans incitant les hommes à être vigilants quant au choix de « l'auxiliaire de la foi qu'est une femme vertueuse, bonne ménagère ». Grâce à elle, l'homme est libéré « des soucis de l'économie domestique » ce qui lui permet « de se consacrer à la science et aux œuvres »⁴⁸⁴. Puis, l'attention des femmes est attirée « sur la sorte d'esclavage » qu'est le mariage et « son seul souci qui doit être de s'améliorer et de bien gérer son ménage »⁴⁸⁵. Si l'épouse ne peut avoir des domestiques parce que son mari n'est obligé de lui en procurer que « si sa fortune lui permet et que si la condition des épouses l'exige »⁴⁸⁶, elle est dans l'obligation de ne pas quitter son fuseau⁴⁸⁷ et de se livrer « à tous les travaux domestiques dans toute la mesure du possible »⁴⁸⁸. Il lui incombe « le service de la maison, en fait le pétrissage, le balayage, le soin des tapis, celui de la cuisine »⁴⁸⁹. Dès lors que les travaux sont exécutés à l'extérieur, la charge en incombe au mari.

II- Les relations conjugales selon l'ancienne moudawana marocaine

304. Comme signalé préalablement, le législateur marocain, à l'aube de l'indépendance est resté très fidèle à l'idéologie malékite. Le droit positif représente

⁴⁸³ LINANT DE BELLEFONDS, op. cité, p.196

⁴⁸⁴ GHAZALI, op. cit. p. 34.

⁴⁸⁵ *Ibid.* p. 110

⁴⁸⁶ KHALIL, ouvrage précité, voir L. MILLIOT, op. cit. p. 337

⁴⁸⁷ GHAZALI, op.cit. p. 34

⁴⁸⁸ *Ibid.*

⁴⁸⁹ KHALIL, Voir L. MILLIOT, op. cit. p. 337.

l'image traditionnelle de la relation entre les époux. Mais en plus des règles religieuses, il s'est retrouvé face à une société attachée à ses valeurs traditionnelles, aux coutumes et us qui n'ont pas toujours pour essence le droit musulman classique.

305. Même si la volonté de parvenir à plus d'égalité entre les époux s'est exprimée à plusieurs reprises avant même la promulgation de la moudawana, les règles juridiques régissant les liens du couple sont restées fidèles au droit musulman classique afin de créer une harmonie juridique dans la société. Mais lorsqu'il s'agit de relations matrimoniales, les individus ne les reproduisent qu'imparfaitement. Cela explique aussi le choix du législateur marocain puisque la réforme du statut de l'épouse n'est pas qu'entre ses mains seulement. Il est certain qu'« entre époux, il y a de longs jours de non-droit pour quelques instants de droit. Le non-droit est l'essence, le droit l'accident »⁴⁹⁰. La relation conjugale enveloppe des détails sentimentaux, intimes qui échappent totalement à la loi.

306. La moudawana du statut personnel a mis en place des règles qui ont soit pour justification la vie de la cellule nouvelle, la famille moderne, soit d'autres qui étaient la reproduction d'une vision ancestrale. Son consacrées des règles perpétuant les rôles de chacun, d'autres protégeant les biens de famille ou réalisant un équilibre entre des avantages patrimoniaux, voire compensant par des droits sur la personne des charges patrimoniales. Modernité et traditions cohabitent ainsi de manière subtile. C'est le développement qu'a connu la société marocaine qui a poussé le législateur à réformer le droit en consacrant plus d'égalité juridique entre époux afin de mieux protéger la stabilité matrimoniale.

Cette réforme a pris un chemin qui ne peut être expliqué que si on passe en revue l'état des relations entre époux avant 2004 afin de mieux comprendre l'importance et aussi l'ampleur des changements établis par le législateur. Ces relations sont personnelles (A) et patrimoniales (B).

A- Les relations personnelles entre époux

⁴⁹⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, DJ, 197, p. 28

307. Le droit positif a rejeté toute idée d'égalité entre les époux en gardant la prééminence maritale. L'article 1^{er} de la moudawana consacre la notion de chef de famille, ce dernier étant le mari. Ainsi, elle est restée fidèle à l'école malékite qui canonise l'autorité du mari sur son épouse. L'article confère à l'époux la direction du foyer et par conséquent l'épouse lui doit l'obéissance.

308. La prééminence maritale trouve tout son sens dans le droit de la famille marocain depuis sa création en 1957 mais cela n'implique pas forcément tous les points abordés préalablement. La moudawana ne traite pas du pouvoir de l'époux de corriger sa femme dans le cas de désobéissance de sa part, elle se contente de rappeler que les époux doivent respecter l'esprit du mariage par le maintien de l'affection, les bons rapports et le respect mutuel⁴⁹¹. Mais il n'est écrit nulle part qu'il est interdit au mari de battre sa femme sauf le droit pour cette dernière de demander le divorce pour sévices⁴⁹².

309. Un autre aspect de la prééminence maritale consistait dans la possibilité donnée au mari de contrôler son épouse en ayant le droit de regard sur les décisions relatives à sa vie privée. Ainsi, l'alinéa 3 de l'article 35 parle de la possibilité que le mari donne à sa femme de rendre visite à ses parents et de les recevoir dans la limite des convenances. Il permet ainsi au mari de garder un contrôle absolu sur sa femme, ses fréquentations et sur ses décisions concernant le ménage. Elle doit avoir sa permission pour tout.

310. Puis, il y a le devoir de cohabitation. Selon la moudawana, il est réciproque mais elle ne traite pas des modalités de sa fixation. Le législateur revient par son silence au droit musulman classique en laissant cette tâche à la discrétion de l'époux. Il en est de même pour ce qui est de l'obligation de résidence imposée à l'épouse. Puisqu'elle est de la nature du mariage, elle est considérée comme maintenue par la loi⁴⁹³.

⁴⁹¹ Alinéa 2, art. 34 de la moudawana

⁴⁹² Article 56

⁴⁹³ COLOMER, op. cité, p. 139

311. Quant à l'épouse, elle doit, selon l'article 36, rester fidèle à son mari. Le législateur a consacré cette obligation de manière expresse pour la femme et rien que pour elle. La réciprocité est vide de tout sens puisque la polygamie est codifiée par cette même moudawana.

L'épouse, toujours selon le même article, doit obéir à son mari dans la limite des convenances. Mais le législateur va plus loin car il inscrit l'obligation de respecter les pères, mères et les proches parents de l'époux. Consacrer un alinéa spécifique à cette obligation traduit parfaitement l'état des relations familiales dans la société marocaine à l'époque de la rédaction. Il était possible de déléguer cette obligation à la coutume et aux us de la société et s'abstenir de l'inscrire mais le législateur a pensé qu'il était plus adéquat de rappeler à l'épouse ses devoirs envers la famille de l'époux. Il convient de remarquer que cette obligation n'est pas réciproque, le mari n'a aucune obligation envers les parents de l'épouse. Cette idée a comme origine le fait que la femme en épousant le mari, appartient au cercle familial de l'époux et se définit en tant que membre de la famille maritale.

312. De ce fait, la condition de l'épouse est sujette à de véritables contradictions. L'épouse voit sa condition variée selon le type de famille choisi par l'époux. Elle aura plus de chance d'avoir une vie plus agréable si elle vit dans une famille du type conjugal que dans une famille du type patriarcal. Ce dernier type, propagé le plus souvent dans le milieu rural, enferme l'épouse non seulement par l'autorité exercée par l'époux mais aussi par sa belle-famille et spécialement la belle-mère⁴⁹⁴. Une étude⁴⁹⁵ montre que le rôle de la belle-mère est très important dans ce type de famille, elle est l'intermédiaire entre l'univers masculin et l'univers féminin, c'est elle qui se charge de contrôler les femmes de la famille, de s'accorder sur les interdictions qui pèseront sur elles, surtout sur ses belles-filles. La belle-mère reproduit souvent le traitement qu'elle a eu avec sa propre belle-famille. Elle prend sa revanche sur sa bru et profite du pouvoir qu'elle a sur son fils pour régner sur le foyer. Cette domination est rarement acceptée par les belles-filles, ce qui donne naissance à plusieurs conflits alors que l'autorité maritale est plus acceptée. Aujourd'hui, la belle-mère joue de moins en moins ce rôle grâce aux changements qu'a connus la structure familiale.

⁴⁹⁴ Dans ce sens J. QUILICI, p. 11, v. MOULAI RCHID, op. cit. p. 310

⁴⁹⁵ R. MOULAI RCHID, op. cit. p. 310

313. Si des valeurs traditionnelles résistent au temps, c'est parce qu'elles sont transmises aux enfants comme le modèle familial unique et que ces derniers le reproduisent avec la représentation qu'ils se font de la condition de l'épouse et de la mère. L'instruction et la volonté de créer une famille moderne par le contact avec le monde urbain peuvent néanmoins provoquer un véritable changement de la condition de la femme marocaine.

Cette condition a connu une évolution fulgurante grâce à l'accès de la femme à l'instruction et au travail. Son pouvoir a pris plus d'amplitude grâce à deux éléments : les ressources financières et l'idéologie qui influence le couple. Les ressources de l'époux et l'idéologie prédominante (égalitaire ou traditionnelle) dans le couple concourent pour déterminer le pouvoir de la femme pour arriver à la conclusion que si la femme a plus de ressources et un niveau d'instruction plus élevé, elle est davantage en mesure d'avoir un pouvoir de décision dans le couple.

Le fait de vivre dans un milieu où prédomine l'idéologie égalitaire remet en cause la prééminence maritale et le principe selon lequel l'époux est le dirigeant de la famille. Bien des situations comme celles des épouses qui gèrent leur famille, en l'absence des époux travaillant à l'étranger ou en cas de décès de ce dernier, le prouvent.

314. Au moment de la rédaction de cette moudawana, la condition de l'épouse était cadenassée par des règles la soumettant à un modèle traditionnel qui permettait au seul époux de choisir le mode de vie de la famille mais qui détenait aussi le pouvoir d'empêcher sa femme d'exercer le commerce et donc de faire obstacle à toute émancipation et indépendance féminine. Ainsi, l'article 6 du Code de commerce du 12 août 1913 disposait que « la femme ne peut être marchande publique au Maroc sans le consentement de son mari, quelles que soient les dispositions de son statut personnel ». Mais il est vrai que cette règle, maintenue pendant plusieurs années par le législateur marocain, entre plutôt dans le domaine des rapports patrimoniaux entre les époux.

B- Les relations patrimoniales entre les époux

315. La première remarque à faire est que du point de vue patrimonial, la femme jouit traditionnellement d'une indépendance remarquable. Le régime matrimonial tel qu'il est connu dans les systèmes occidentaux, en France en particulier, n'existe pas dans le droit musulman classique et le législateur marocain est resté fidèle à cette idée. En partant de ce constat, il y a deux lignes qui se dégagent : la gestion des biens (1) et les charges du mariage (2).

1- La gestion des biens

316. La communauté des biens est inexistante dans le droit musulman et par conséquent en droit marocain qui retient la séparation totale des biens entre les époux. L'épouse conserve ainsi l'administration et la disposition de ses biens. Elle a aussi une capacité entière pour tous ses actes administratifs et peut saisir la justice en vue de la gestion et de la conservation de son patrimoine. Elle peut disposer de ses biens soit par des actes qui accroissent son patrimoine soit par des actes aléatoires permettant d'aliéner ses biens. L'époux ne peut, dans ce cas, intervenir contrairement à ce qui prévaut en droit malékite.

317. Le législateur n'a pas retenu la règle malékite qui restreint la capacité de la femme mariée. Il n'y a aucune allusion dans le livre IV à l'autorisation maritale lorsque l'épouse forme le projet de faire une libéralité entre vifs ou se porter caution dans l'intérêt exclusif d'un tiers, et que plus du tiers de son patrimoine se trouve concerné. En conséquence, « la capacité de la femme mariée est totale et la séparation des patrimoines est effective »⁴⁹⁶. Dans le cas de conflits entre les époux, l'article 39 a prévu des présomptions, en l'absence de preuves certaines⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶A. MOULAY RCHID, op. cit. p. 338

⁴⁹⁷ « En cas de contestation au sujet de la propriété des objets mobiliers contenus dans la maison et en l'absence de preuve certaine, il sera fait droit :

1-Aux dires du mari, appuyés par serment, il s'agit d'objet d'un usage habituel aux hommes.

2-Aux dires de l'épouse, après serment, il s'agit d'objet d'un usage habituel aux femmes.

3-Si les contestations portent sur des marchandises, celles-ci seront attribuées à celui des conjoints qui aura justifié de son activité commerciale au moyen de preuves :

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

2- Les charges du mariage

318. Il s'agit de la division des charges du ménage entre les époux. Le législateur a retenu la division traditionnelle imposée par le rite malékite, en imposant à l'épouse la responsabilité de la marche du foyer et de son organisation et à l'époux de l'entretenir quelle que soit la fortune et le patrimoine de sa femme.

Cette division maintient évidemment la dépendance matérielle de l'épouse vis-à-vis de son mari et impose aussi l'idée que sa place naturelle est au foyer puisque le rôle qu'elle joue dans l'organisation du ménage est aussi important que les obligations pécuniaires de l'époux. Or, cette division des charges du mariage est inégalitaire puisqu'elle ne permet que le maintien de la prééminence maritale et emprisonne la femme dans le foyer en la privant ainsi de toute émancipation et participation sociale.

319. La suprématie maritale s'exprime même en dehors de la moudawana. La femme marocaine devait obéissance au mari même pour gérer son propre argent et ne pouvait exercer une activité commerciale ou accéder au monde du travail sans l'autorisation du mari. C'est ce qui était prévu par l'article 6 de l'ancien code de commerce qui exigeait de la femme l'autorisation maritale pour exercer une activité commerciale. Cette disposition a soulevé bien des débats pour l'amélioration de la condition de la femme marocaine avant son abrogation par la réforme du Code de commerce de 1995⁴⁹⁸

Il était impensable de maintenir cette solution sachant que le Maroc entrait dans une ère nouvelle exigeant la participation de la femme au système économique marocain. Le législateur ne pouvait pas prendre en considération que la capacité de l'épouse de disposer de ses biens mais aussi la liberté d'exercer une activité qui peut convenir ou non aux intérêts de la famille, dont le mari est juridiquement le seul gardien et chef⁴⁹⁹. Ainsi le mari peut s'opposer à ce que la femme participe même aux affaires publiques du pays comme le signale l'article 38 de la moudawana. Il faut comprendre que ces dispositions étaient imposées par le colonisateur français à l'époque du

⁴⁹⁸ R. NACIRI, *Les droits des femmes*, abhatoo, centre national de documentation, 25 janvier 2006, p. 135

⁴⁹⁹ M. ABOUD, *La capacité de la femme mariée marocaine pour exercer le commerce*, mémoire de DES, droit privé, Rabat 1962, p.40

protectorat même si elles sont contraires aux préceptes musulmans⁵⁰⁰. Le législateur en rédigeant le Code du commerce s'est inspiré du droit français quand la femme française était frappée d'incapacité sans prendre en considération les règles du droit musulman permettant à la femme musulmane d'exercer une activité commerciale sans aucune autorisation qu'elle soit maritale ou pas. Des militants politiques et des juristes se sont levés contre cette disposition qui ne répondait ni à l'esprit de la société marocaine ni aux dispositions religieuses⁵⁰¹.

320. Le législateur marocain s'est écarté de cette solution dans le nouveau code de commerce de 1996 dont l'article 17 dispose que « la femme mariée peut exercer le commerce sans autorisation de son mari. Toute convention contraire est réputée nulle ». La réalité économique et sociale a imposé cette réforme sachant que de plus en plus de femmes étaient instruites, diplômées et participaient activement au développement du Maroc.

321. Malgré ce développement, le législateur a maintenu le droit de l'épouse à l'entretien. Le mari n'a jamais de créance alimentaire à l'encontre de l'épouse quelle que soit sa fortune, comme il ne peut la contraindre à travailler pour l'aider à subvenir aux besoins du foyer. La *moudawana* le rappelle dans deux de ses articles, l'article 35 qui précisait que « les droits de l'épouse à l'égard de son mari sont : 1) l'entretien prévu par la loi telle que la nourriture, l'habillement, les soins médicaux et le logement. 2) l'égalité de traitement avec les autres épouses en cas de polygamie ». Puis l'article 115 dispose que toute « personne subvient à ses besoins par ses propres ressources, à l'exception de l'épouse dont l'entretien incombe à son époux ».

Le mari doit la *nafaqua*, l'entretien à son épouse dès qu'il y a eu consommation et non dès la conclusion du mariage. Le mari peut échapper à cette obligation en retardant la consommation⁵⁰². Reste que la femme peut le mettre en demeure de lui verser sa *nafaqua* dès lors qu'elle l'a invité à la consommation du mariage.

⁵⁰⁰ A. MOULAY RCHID, op. cit. p. 338

⁵⁰¹ Des partis politiques se sont soulevés contre l'article 6 du Code de commerce de 1913 comme l'UNF, « La femme marocaine célèbre l'année principale de la femme », 13-14-15 décembre 1974, p. 69. Puis, la FNFCLC par la publication la revue de « l'action féminine », p.6 dans le premier numéro. L'USFP réclame une réforme grâce à son « Rapport sur la femme », 1975, p. 14.

⁵⁰² CS arrêt soc. n°69 du 8 mai 1970, JCS n°21, p.81

L'existence de cette invitation, oblige le mari à accomplir son devoir d'entretien⁵⁰³. Cette obligation incombe à l'époux même si l'épouse abandonne le domicile conjugal et qu'elle refuse d'entretenir des relations sexuelles avec lui. La seule exception est celle d'une condamnation par le juge à réintégrer le domicile et de refus d'exécution⁵⁰⁴.

De même, pour la femme répudiée, elle continue de percevoir la *nafaqua* pendant sa retraite de continence. Ce droit prend fin avec la mort de l'époux ou dans le cas de la femme ayant fait l'objet d'une répudiation révocable, quittant le domicile conjugal sans le consentement de son époux⁵⁰⁵. En cas du décès de l'épouse, la moudawana est muette sur les frais funéraires qui restent à la charge du mari selon les règles malékites⁵⁰⁶.

Le défaut d'entretien de la femme par son époux est un des aspects du délit de l'abandon de famille⁵⁰⁷. Ainsi, la femme peut poursuivre son époux en justice pour l'exécution de l'obligation d'entretien. Cette obligation est précisée par l'article 118 de la moudawana.

322. En conclusion, le législateur, à l'aube de l'indépendance du Maroc, n'a pas pris en compte le rôle que peut jouer la femme dans la société en tant qu'élément actif, accédant à tous genres de fonctions, même à haute responsabilité. Il a maintenu une vision traditionnelle des tâches matrimoniales, maintenant la femme naturellement et obligatoirement au foyer. A vrai dire, les mentalités ont pris quelques décennies pour changer l'image de l'épouse et de sa condition. Plusieurs enquêtes menées dans les années soixante-dix dans le milieu rural comme dans le milieu urbain arrivent à la conclusion que la place naturelle de l'épouse est son foyer. Même si elle a un travail rémunéré, cela ne la dispense pas du travail domestique qui

⁵⁰³ Article 117

⁵⁰⁴ Article 123, al. 2, CS arrêt soc. n° 61 du 24 mai 1977, dossier social n° 57513, JCS n°26, année 5, octobre 1980, p. 127.

⁵⁰⁵ CS arrêt soc. n° 107, du 14 février 1978, RJL n° 26, octobre 1980 p. 148.

⁵⁰⁶ Chaque fois que le Code est muet sur une disposition, il faut se référer aux enseignements du Imam Malek comme le prévoit le dernier article du Code marocain de la famille., art. 400 qui dispose « Pour tout ce qui n'a pas été prévu par le présent code, il conviendra de se référer au rite Malikite et à l'effort jurisprudentiel (ijtihad) qui tient compte de la concrétisation des valeurs de l'islam en matière de justice, d'égalité et des bons rapports de la vie commune ».

⁵⁰⁷ Art. 479 du code pénal du 26 novembre 1962.

reste la tâche la plus importante pour qu'elle soit considérée comme une bonne épouse, non seulement par son mari mais aussi par sa belle-famille et par toute la société. F. Mernissi écrit « comment voulez-vous, que dans une société où les deux-tiers vivent en totale dépendance vis-à-vis de ceux qui ont accès à un travail rémunéré, des hommes adultes dans leur grande majorité puissent changer quoi que ce soit aux relations médiévales qui régissent les relations entre les générations et les sexes dans nos familles ? »⁵⁰⁸.

Paragraphe II : Les effets du mariage entre époux après la réforme de 2004

323. Deux types de rapports sont entretenus par les époux et ils ont tous les deux subi des réformes tendant vers plus d'égalité et de justice entre les époux. Nous verrons donc à nouveau, en premier lieu, les rapports personnels (I) puis, en second lieu, les rapports pécuniaires (II).

I- Les rapports personnels

324. Sous l'empire de l'ancienne moudawana, comme cela a déjà été étudié, les époux n'étaient pas considérés comme partenaires puisque la relation conjugale produisait des effets différents pour chacun. Les droits et obligations n'étaient pas symétriques et ne produisaient aucun devoir mutuel d'entraide et d'assistance. Ils se résumaient dans le fait que dans la relation de mariage, la femme engageait sa personne en restant fidèle, obéissante et en respectant ses parents... et l'homme engageait ses finances avec le devoir d'entretien et de l'égalité entre épouses dans le cas de polygamie. Le nouveau Code a, sans aucun doute, en matière de rapport entre époux, fait une révolution⁵⁰⁹ contre l'esprit qui régnait dans l'ancienne moudawana en imposant aux époux des devoirs et des obligations réciproques (A) et en abolissant le concept du mari, chef de la famille (B).

⁵⁰⁸ F. MERNISSI, « Libération » du 12/1/1978, p.14-15.

⁵⁰⁹ F. SERHANE, op. cit. *Gaz. pal.*, p.9

A- L'égalité des droits et des devoirs entre époux

325. Le mariage produit désormais des droits et les devoirs réciproques entre les époux. La distinction entre les droits de l'épouse et ceux de l'époux n'existe plus, le législateur traite la femme et l'homme sur un pied d'égalité. Ils sont tous les deux responsables des affaires familiales et nul n'a le droit d'expulser l'autre du foyer familial.

326. L'article 51 consacre « la prise en charge par l'épouse avec son époux de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer familial et des enfants »⁵¹⁰, « la concertation en matière de décisions relatives à la gestion des affaires familiales, des enfants et du planning familial »⁵¹¹ et « le maintien par chaque conjoint de bons rapports avec les parents de l'autre et ses proches avec lesquels existe un empêchement au mariage, en les respectant, leur rendant visite et en les recevant dans les limites des convenances »⁵¹².

327. Ainsi, les époux qui sont tenus à de bons rapports et au devoir de cohabitation sont désormais considérés comme partenaires égaux et responsables conjointement pour toutes les affaires familiales. Celles-ci vont des charges et de la gestion du ménage jusqu'au respect mutuel des parents de chacun, en passant par le devoir de concertation et la prise de décision pour les enfants et le planning familial. Le législateur a aboli en rédigeant ces alinéas plusieurs conceptions traditionnelles défavorables à l'épouse. Cette dernière n'est plus une personne soumise à l'époux et à sa famille, les rapports de forces qu'elle subissait entre l'époux et la belle-mère sont abolis. Elle prend la place qui lui est due en tant que partenaire à part égale avec l'époux dans tout ce qui concerne la vie du foyer.

Le législateur reconnaît, par la rédaction de ce texte, la participation de la femme aux charges du ménage que ce soit par son salaire, si elle exerce une profession mais aussi par son travail domestique qui n'est plus une obligation comme c'était le cas dans l'ancienne moudawana mais une participation dans le bien-être de la vie familiale.

⁵¹⁰ Alinéa 3 de l'article 51

⁵¹¹ Alinéa 4 de l'article 51

⁵¹² Alinéa 5 de l'article 51

L'adoption de cette disposition vient remplacer une conception inégalitaire de la position de la femme dans ses rapports avec son mari.

328. Reste que, quand bien même la famille, en droit, sera désormais placée sous la responsabilité conjointe des époux, la disposition inscrite à l'article 51 ne va pas jusqu'à décharger l'époux de son devoir d'entretenir son épouse⁵¹³. Une autre remarque à faire concerne l'alinéa 4 de l'article 51. Elle pose la question de la concertation des décisions relatives à la gestion de la vie de famille mais surtout celles concernant les enfants. Cette obligation est commune aux époux mais le législateur, en réservant la tutelle légale sur l'enfant au père et non aux deux époux, met en doute l'égalité de l'homme et de la femme et permet ainsi des dérives dans la pratique. Il est évident que malgré les efforts législatifs accomplis par le Code actuel, le principe de la responsabilité conjointe va subir une application difficile dans la réalité sociétale que connaît le Maroc d'aujourd'hui.

329. Le Code s'est intéressé à un point très important dans la relation entre époux et qui entraînait des complications. Il s'agit de la protection du droit des époux sur le domicile conjugal. Le législateur a ainsi consacré le droit de jouissance des deux conjoints sur le domicile conjugal par la création d'un article entier dédié exclusivement à cette nouvelle disposition⁵¹⁴. Désormais, nul conjoint ne peut expulser abusivement l'autre du domicile conjugal, faute de quoi le ministère public intervient « pour ramener immédiatement le conjoint expulsé au foyer conjugal tout en prenant toutes les mesures nécessaires pour sa protection et sa sécurité ». Comme le signale Mme Serhane, « les tribunaux ont souvent été saisis du problème de l'expulsion de l'un des époux par l'autre du domicile conjugal. Or, les juges, en l'absence de texte, bien que conscients de la gravité de la situation, n'avaient pas les moyens de remédier à la situation »⁵¹⁵. L'article 53 est venu pour combler cette lacune en répondant ainsi à une injustice qui frappait principalement les femmes. Ainsi, « le maintien dans le foyer conjugal est maintenant une obligation qui pèse sur l'autre conjoint, c'est une disposition qui ne relève plus du bon vouloir de l'un ou de l'autre des époux, son défaut peut même donner droit au recours à la procédure de

⁵¹³ M.C. FOBLETS et J.Y.CARLIER, op. cit, p. 45.

⁵¹⁴ article 52.

⁵¹⁵ F. SERHANE op. cité, revue *Gaz. pal.*

discord (article 52) »⁵¹⁶. Pour l'application de cette mesure, l'article 53 n'accorde aucune importance au fait de savoir à qui, des deux époux, appartient l'endroit où est établi le domicile conjugal, en propriété ou par contrat de bail. De ce fait, le législateur érige le domicile conjugal en logement familial dont la jouissance appartient aux deux époux.

330. Reste qu'il y a deux points à soulever. Le premier concerne le fait que le code parle d'expulsion abusive mais sans donner de définition à ce que peut être une expulsion abusive. Existe-il des cas où l'expulsion est justifiée ? Est-ce au juge d'apprécier et de décider si l'expulsion est abusive ou non ? L'expulsion justifiée ne peut être qu'une question de fait livrée à l'appréciation du juge, en l'occurrence le juge des référés⁵¹⁷. Il est possible de penser que l'adultère peut constituer une raison justifiant l'expulsion mais, même dans ce cas de figure, l'époux adultère est présumé innocent tant qu'il ne fait pas l'objet d'un jugement définitif. Cette situation est vouée à la seule appréciation du juge qui reste encore une fois déterminante.

Le deuxième point traite du fait que le ministère public n'a pas tenu compte du droit de propriété que détient éventuellement un des époux sur l'immeuble qui sert de logement familial. Cette mesure peut s'expliquer par l'urgence de mettre fin à l'injustice faite à l'un des deux époux et la jouissance du foyer conjugal ne prend pas en considération les titres de propriété.

En toute hypothèse, le droit d'expulsion du conjoint pour une raison valable doit être « évité à cause des dégâts que son exercice pourrait provoquer, notamment quand il y a des enfants »⁵¹⁸.

B- La fin du concept du mari, chef de la famille

331. Comme il a été mentionné précédemment, l'ancienne moudawana définissait le mariage comme « un contrat légal [...] il a pour but la vie dans la fidélité [...] **sous**

⁵¹⁶ M. MONJID, op. cité, p. 53

⁵¹⁷ M. MONJID, op. cité, p. 53

⁵¹⁸ *Ibid.* p. 53

la direction du mari »⁵¹⁹. La prééminence maritale trouvait ici tout son sens et l'épouse jouait un rôle limité dans le foyer conjugal, sous la gestion et les pouvoirs offerts à l'époux. Après ce qui a été étudié dans la section précédente, il est plus aisé de comprendre l'importance de la réforme du Code de la famille. Ce dernier a bouleversé les concepts en rendant justice à la femme en la hissant au statut de partenaire à part entière dans la direction de la famille. Le législateur « tient compte de la réalité à savoir le rôle croissant de la femme dans la société notamment dans la famille. La femme actuellement travaille, occupe des postes remarquables, elle jouit d'un statut social, il serait donc injuste de ne pas lui accorder un statut dans la famille »⁵²⁰.

332. En pratique, la famille était toujours sous la direction des deux époux mais seul le mari était considéré comme chef de famille par le simple fait qu'il subvenait aux besoins financiers de la famille. Ainsi la loi, pendant longtemps, a omis de donner de l'importance au rôle joué par l'épouse, dans la mesure où elle contribuait aussi au bien-être de la famille et que les contributions ne se calculent pas seulement en termes financiers.

333. Le fait que la femme est considérée juridiquement comme partenaire de son mari n'est pas seulement un privilège instaurant plus d'égalité entre les époux mais c'est surtout mettre la femme en face de ses responsabilités et l'engage vis-à-vis des tiers, au même titre que son époux pour tout ce qui touche aux affaires familiales. En lui accordant la codirection du foyer, la loi lui permet d'avoir un rapport sain non seulement avec l'époux mais aussi avec les enfants.

La conséquence la plus spectaculaire est la fin de la notion « d'obéissance de l'épouse au mari ». Preuve de subordination et de soumission, l'obéissance était un devoir inscrit noir sur blanc dans l'ancien texte. Ainsi, grâce au Code, « dans leurs rapports quotidiens aucun des époux ne commande l'autre : ils se respectent mutuellement »⁵²¹.

⁵¹⁹ Article 1 de la moudawana de 1956.

⁵²⁰ M. MONJID, op. cité, p.54.

⁵²¹ F. SERHANE, op. cit. *Gaz. pal.* .

334. Dans l'étude consacrée à « la perception du Code de la famille et de son environnement social et professionnel », les commentaires des juges en la matière sont significatifs de l'importance de cette réforme. Ainsi, « après la conclusion du mariage, précise un juge, la femme n'est plus tenue d'obéir à l'homme comme c'était le cas dans l'ancienne Moudawana, mais accède au statut de coresponsable avec l'époux de la « gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants» (article 53). La famille n'est plus seulement sous la protection de l'homme mais devient sous la protection des deux époux »⁵²².

II- Les rapports pécuniaires entre les époux

335. Sous l'ancien régime, l'épouse avait le droit de gérer ses biens en toute liberté sauf que la loi mettait quelques obstacles à ce principe. Avant la réforme du Code de commerce de 1996, la femme ne pouvait pas exercer le commerce sans l'autorisation de son époux. La répartition des tâches mettait l'épouse dans une situation de subordination par rapport à son mari qui était seul à pouvoir et devoir subvenir aux besoins de la famille.

336. L'actuel Code, en permettant aux époux d'être partenaires et coresponsables du foyer, a aboli la répartition de tâches qui existait avant et qui permettait le maintien de l'épouse dans la dépendance matérielle vis-à-vis de son mari. Sauf que le législateur n'a pas exclu l'obligation d'entretien qui incombe toujours à l'époux ce qui s'éloigne de l'esprit égalitaire du Code (A). En revanche, il a introduit une nouveauté dans la gestion des biens en permettant aux époux d'établir, au moment de la conclusion du mariage, un contrat sur la gestion commune des biens (B).

A- Le maintien de l'obligation d'entretien de l'épouse par le mari

337. Plusieurs articles confirment le maintien par le législateur de cette obligation. Selon l'article 194, « l'époux doit la pension alimentaire à son épouse dès la consommation du mariage. Le même droit à la pension alimentaire est reconnu à

⁵²² *La perception du Code de la famille. et de son environnement sociale et professionnel*, Étude précitée, p.22.

l'épouse qui a convié son mari à consommer le mariage, après conclusion de l'acte ». Le mari doit toujours entretenir femme et enfants. Ainsi, le mariage est considéré comme source de droit à la pension alimentaire *nafaqua*, même si les rapports entre époux ont changé avec l'article 53. L'article 195 confirme cela en disposant que « la pension alimentaire, accordée à l'épouse par jugement, prend effet à compter de la date à laquelle l'époux a cessé de pourvoir à l'obligation d'entretien qui lui incombe, elle ne s'éteint pas par prescription. Toutefois, l'épouse qui refuse de rejoindre le domicile conjugal après sa condamnation à cet effet, perd son droit à la pension alimentaire » ce qui ne s'éloigne pas de l'esprit de l'ancienne moudawana. Même si le législateur a écarté la disposition selon laquelle « toute personne subvient à ses besoins par ses propres ressources à l'exception de l'épouse, dont l'entretien incombe à son époux » consacrée par l'article 115 de la moudawana précédente, l'article 102 du Code de la famille donne à la femme la faculté de demander le divorce pour défaut d'entretien, ce qui confirme l'idée que le mari n'est pas dégagé de son devoir d'entretien et qu'il ne peut demander en justice que sa femme travaille, d'assumer cette charge à sa place.

338. Il est légitime de penser que ces dispositions s'éloignent de l'esprit égalitaire du Code. La femme, actuellement, est une partenaire à part entière avec l'époux dans la gestion du foyer. Elle doit avoir les mêmes droits et obligations que son époux sauf que la réalité sociale et la position de la femme, non seulement dans la mentalité marocaine mais aussi dans la vie du foyer, exige le maintien de cette obligation pour éviter des injustices sociales.

339. La répartition des tâches au sein du foyer reste quelque part soumise à la vision traditionnelle. Cela est confirmé par l'étude effectuée par la Fondation Friedrich-Ebert sur « le Code de la famille, perception et pratique judiciaire » à partir d'enquêtes touchant un échantillon large de femmes et d'hommes appartenant à différentes couches sociales, intellectuelles et de différents âges et statuts matrimoniales⁵²³. Cette étude arrive à plusieurs conclusions. Parmi elles, le fait qu'« au Maroc, l'entrée des femmes dans le monde professionnel a également abouti à

⁵²³M. BENRADI, H. A. M'CHICHI, A. OUNNIR, M. MOUAQIT, F. Z. BOUKAISSI, R. ZEIDGUY, *Le Code de la famille., perception et pratique judiciaire*, Etude de La Fondation Friedrich-Ebert, *Diwan* 3000, janvier 2007, p. 34.

des réajustements dans la vie quotidienne, sans que l'on puisse en déduire des résultats en terme d'égalité et de partage des tâches »⁵²⁴. Mme M'chichi ajoute que « dans le cours du cycle conjugal, la détermination des rôles apparaît comme un processus très complexe qui se joue au croisement des traditions anciennes et de la force d'imposition des évolutions contemporaines »⁵²⁵.

340. L'idée de la complémentarité des rôles entre les époux domine dans les conceptions chez la majorité des personnes interrogées, la définition même de l'égalité en découle. En d'autres termes, chacun des époux accomplit son rôle. Les stéréotypes sociaux de la masculinité et de la féminité persistent. Les femmes qui entrent dans le monde professionnel, non par nécessité mais par vocation, revendiquent le moins l'égalité du partage puisqu'elles se considèrent comme responsables des tâches ménagères⁵²⁶, ce qui paraît surprenant. Il est possible de penser qu'elles estiment que leur travail en dehors du foyer est un choix et non une nécessité et par conséquent elles doivent accomplir leur rôle dans la cellule familiale.

341. En conclusion, les hommes et les femmes acceptent le principe d'égalité en jugeant que la complémentarité est incontournable. Cela ne fait que renforcer les spécificités de genre : le travail domestique est pour l'épouse et le rôle pourvoyeur du revenu est pour l'homme⁵²⁷. Même si le législateur veut consacrer la modernisation de la famille, les certitudes au sujet de la relation étroite entre les femmes et les tâches ménagères, le fait de rester au foyer pour s'occuper au mieux de la famille, expliquent aussi le maintien de l'obligation de l'entretien incombant à l'époux.

M. M'chichi ajoute que « les hommes acceptent du bout des lèvres ces changements. Les femmes elles-mêmes sont peu prêtes à céder une part de ce pouvoir acquis au sein de la cellule familiale. Cette injonction morale, vécue comme naturelle, fonctionne comme un référentiel normatif indiscutable, confirme les identités de sexe et s'impose à tous et à toutes à force de l'évidence. Ces constats permettent de

⁵²⁴ H. ALAMI M'CHICHI, étude précitée., p. 56.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ R. NACIRI, «L'investissement dans la vie privée », dans Femmes diplômées : des pratiques novatrices, 1994, FNUAP/IREP

⁵²⁷ H. ALAMI M'CHICHI, op. cité, p. 59

mesurer l'écart entre les réalités sociales qui restent rebelles à des formes globales de régulation et l'évolution des idées »⁵²⁸.

B- La gestion des biens entre époux

342. Le droit marocain, même avec la réforme du Code de la famille, n'a pas instauré un régime matrimonial tel qu'il est conçu dans le droit français. La séparation totale entre les biens des époux est la règle inscrite en droit marocain de la famille. Ainsi, l'article 49 rappelle que « chacun des époux dispose d'un patrimoine distinct du patrimoine de l'autre ». Maurice Hamou et Najat El-Khayat insistent sur le fait qu'en droit musulman marocain, il n'y a pas de liberté des conventions matrimoniales. Que les époux marocains musulmans aient ou non établi un contrat de mariage stipulant un autre régime que celui de la séparation des biens, ils restent soumis, en ce qui concerne leurs rapports matrimoniaux au Maroc, à la *lex fori*, c'est-à-dire au Code du statut personnel (la Moudawana), lui-même repris du droit musulman classique. Dès lors, tout couple de Marocains musulmans ou dont un des époux est Marocain musulman est de plein droit soumis au principe de séparation de biens pure et simple et les droits et devoirs réciproques des époux sont fixés par la Moudawana⁵²⁹.

343. Reste que la répartition des acquêts accumulés lors du mariage n'est pas aussi simple qu'il y paraît. Une liberté des conventions matrimoniales a été apportée par le Code de la famille. C'est toujours l'article 49 qui ajoute que « les époux peuvent (...) se mettre d'accord sur le mode de leur fructification et répartition ». Cela se passe lors de la conclusion du contrat de mariage, les adouls les informent de ces dispositions. Ainsi, le contrat de mariage sur les biens, ajouté à l'acte de mariage, peut constituer un moyen de plus à même de consolider les liens entre époux et offrir par conséquent une liberté à ces derniers du choix de la gestion de leurs biens acquis pendant le mariage. A défaut d'accord, le troisième alinéa de l'article 49 s'applique. Il est fait application des règles générales de preuve, tout en prenant en considération

⁵²⁸ H. ALAMI M'CHICHI, op. cité, p. 60

⁵²⁹ Maurice HAMOU et Najat EL-KHAYAT, «Maroc», in: Michel VERWILGHEN et Stéphane MAHIEU (édit.) *Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes*, 3e éd. Bruxelles 2003.

le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour le développement des biens de la famille.

344. Le Code de la famille à travers ces règles, a désiré rendre aux époux ce qui leur revient, contrairement à ce qu'il a été prévu dans l'ancienne moudawana où aucun principe de contribution ne figurait.

345. Ainsi, il est possible de résumer les règles relatives à la gestion des acquêts et à leur répartition dans le cas d'une désunion en quatre principes : celui de la séparation des biens, puis celui de la contribution aux fructifications qui constituent à eux deux le régime légal applicable aux relations patrimoniales entre les époux (1). Puis le principe de l'autonomie de la volonté (2) et enfin le recours aux règles générales de preuve (3).

1- Le régime légal applicable aux biens du ménage marocain

346. Le premier principe est celui de la séparation de biens ; chacun des époux dispose d'un patrimoine distinct de celui de l'autre. Le régime du mariage reste à l'image du droit musulman. Les époux n'ont pas de possibilité d'opter pour un régime de communauté des biens et aucune déclaration de leur part sur leur adoption de ce régime ou publicité n'est opposable aux tiers et aux ayants droits. Il y a une confusion dans les esprits des couples marocains entre le régime de communauté des biens et celui de la communauté des acquêts. La communauté des biens ne se limite pas à la répartition en parts égales des biens, mais va jusqu'à faire fusionner les patrimoines actifs et passifs et faire acquérir à chacun des conjoints une quote-part dans tous les biens que possède l'autre, que ces biens soient acquis avant ou après le mariage, que ces biens soient le fruit du travail, de l'héritage ou d'autres facteurs.

Ainsi l'article 49 en décrétant que chacun des époux dispose d'un patrimoine distinct du patrimoine de l'autre, implique inéluctablement que le régime de la communauté

des biens n'est guère envisageable et ne peut trouver application dans le droit marocain.

347. Pour ce qui concerne le deuxième alinéa du même article disposant que les époux peuvent, dans le cadre de la gestion de leurs biens, se mettre d'accord sur le mode de leur fructification ainsi et de leur répartition, il s'agit, là encore, des biens acquis après la conclusion du mariage et non de la communauté de tous les biens des époux.

348. Le deuxième principe qui entre dans le cadre du régime légal matrimonial des ménages marocains est celui de la contribution aux fructifications. Même si ce principe n'est pas expressément choisi par les époux, il trouve une application systématique. Il est considéré comme le statut légal des époux n'ayant pas conclu un accord portant sur la gestion de leurs biens.

Ce principe tire sa légitimité de la coutume et du droit musulman. C'est d'ailleurs ce dernier qui a posé la règle d'estimation de l'apport de l'épouse dans l'épanouissement matériel du foyer. Cette règle se réfère à la proportion du "tiers" comme pour le testament ou l'héritage. Elle est appliquée dans la région de Sousse comme celle des Jbalas au nord du Maroc parce que les femmes travaillent non seulement au foyer mais aussi à l'extérieur en fournissant presque la totalité du travail agricole et en épargnant à leur époux de payer un ouvrier pour l'aider.

Il faut comprendre que ce principe est distinct des régimes matrimoniaux connus en droit français, même s'il reste très proche du régime légal français de communauté des acquêts. Les différences restent assez notables.

349. Les deux régimes partagent l'idée de la reconnaissance des droits des époux sur les biens acquis durant la période du mariage et ce, au travers du travail accompli et des charges assumés par l'un des époux pour le développement et la mise en valeur des biens acquis après le mariage et inscrit au seul nom de l'autre.

Mais ils divergent sur plusieurs points. Si, dans le régime de communauté aux acquêts, les biens acquis sont distribués par moitié entre les époux, dans la règle de

contribution aux fructifications, l'évaluation ne s'entend pas de la répartition à parts égales des fructifications. Elle a plus pour objet de définir les efforts fournis par chacun des conjoints et de prendre en compte leurs effets sur l'accroissement des biens acquis.

350. Par ailleurs, dans les régimes de communauté des acquêts, le tribunal se fonde sur des calculs plus au moins prédéfinis par le législateur. Ainsi, lors de la liquidation du régime matrimonial, il procède, pour chaque époux, au calcul de la valeur des biens dont il est propriétaire à la fin du mariage par rapport à celle au moment de la conclusion du mariage. Pour ce faire, si les possessions finales d'un époux sont supérieures à son patrimoine initial, la valeur de l'augmentation, qui symbolise les acquêts nets, est partagée par moitié avec l'autre conjoint. Cependant, si le patrimoine final d'un époux est inférieur à son patrimoine original, ce déficit est supporté par lui seul⁵³⁰.

351. Dans la règle de contribution aux fructifications, le tribunal se doit d'apprécier l'importance, la nature des efforts et le travail accompli ainsi que leurs effets sur les profits réalisés après le mariage. Différents moyens de preuve sont admissibles. L'objet de la preuve consiste en la prise en compte des efforts fournis par chacun des époux, puis le juge, de par son pouvoir discrétionnaire et en se basant sur des critères plus au moins objectifs, essaie d'évaluer ce que chacun d'eux mérite. Le tribunal marocain n'exige pas des époux qu'ils prouvent leur droit de propriété mais l'attribue à chacun des époux selon des critères que seul le juge définit. Là aussi, le pouvoir de ce dernier est très conséquent, il rend une décision qu'il estime juste. A vrai dire, cette solution est plus adaptée à la situation des ménages marocains où la propriété revint souvent au mari qui travaille et qui subvient aux besoins matériels de la famille alors que l'épouse assume l'éducation des enfants et l'organisation du ménage. Reste que l'application de la solution de la contribution revient au juge et à sa volonté puisque le Code de la famille reste muet sur les modalités d'attribution aux époux de parts dans les fructifications des acquêts réalisés après le mariage.

⁵³⁰ M. GRIMALDI, *Droit patrimonial de la famille.*, 4^{ème} éd. Dalloz, n°143-11 et s.

352. Tous les magistrats ne sont pas d'accord avec ce principe. Certains estiment que le travail domestique est une contribution généreuse offerte par l'épouse qui ne mérite pas de salaire et que, de toute manière, elle a le droit au don de consolation ainsi qu'à une pension alimentaire. Selon une magistrate interrogée lors de l'étude sur la perception du Code de la famille et de son environnement social et professionnel, le concept de salaire pour le travail domestique de l'épouse est réducteur et met cette dernière dans la position de servante du mari⁵³¹. En réponse à cette attitude, une autre magistrate se réfère aux « droits desquels le divorce risque de priver la femme » après de longues années de mariage en évoquant le cas suivant. « Quand une femme de 70 ans se retrouve divorcée et vous dit qu'elle n'a plus de domicile où résider, faudrait-il, alors, penser à éviter de la traiter comme servante, ou chercher plutôt à lui restituer ses droits quel que soit le sens qu'on leur donne ?! »⁵³². Sachant que dans tous les cas ses femmes partent perdantes puisqu'elles sont dépendantes de leurs (ex) maris. La solution la plus adéquate reste l'application du concept « d'el Kadd Wa Sia'ya ». Ce concept peut être traduit par « labeur et de la poursuite de l'effort », il s'agit d'une pratique connue de la région de Sousse. En vertu de cette règle, les femmes sont compensées pour leur contribution au travail domestique et extra-domestique, notamment en milieu rural. Le critère d'estimation est celui se référant à la proportion du « tiers » à laquelle le fikh se réfère à chaque fois qu'il fait face à une difficulté d'estimation. C'est d'ailleurs cette même proportion que le Chraâ privilégie⁵³³.

Ce concept peut être pris en considération pour compenser l'effort physique de la femme. Il peut être estimé « en prenant en compte la durée de mariage et la différence en termes de biens acquis entre le début du mariage et le moment du divorce ». Mais cela dépend du magistrat qui statuera puisque son pouvoir d'appréciation est large et par conséquent il lui revient de statuer selon le cas et selon son opinion sur le sujet.

2- L'autonomie de la volonté : le contrat additif traitant de la gestion des biens

⁵³¹ *La Perception du Code de la famille. et de son Environnement Social et Professionnel. Étude précitée.*, p. 54

⁵³² F. SARHANE, op. cit., *Gaz. pal.*, p. 55

⁵³³ Étude précitée., p. 52.

353. Pour ce qui est du contrat additif à l'acte de mariage traitant de la gestion de biens des époux, Mme Serhane souligne le problème essentiel posé par l'article 49 concernant ce contrat : « la faiblesse de cette règle réside dans son caractère lacunaire. Etant donné qu'il s'agit d'une nouveauté dans les rapports entre époux, il aurait fallu donner des indications, voire des exemples de types de contrats que les époux peuvent adopter. Aussi, dans le cas où les époux ont opté pour un régime de communauté de biens, l'adoption de mesures d'accompagnement s'avère nécessaire, notamment en matière de publicité de ce régime, de son opposabilité aux tiers et ayants droit, de disposition de l'un des conjoints des biens communs, par vente et par location, etc... »⁵³⁴. Le Code est resté complètement silencieux sur les modalités organisant ce contrat. Même en consacrant la contribution de la femme à l'épargne du ménage et en imposant une communauté d'intérêts et des biens effective et réelle entre les époux par l'application de la règle générale dans le cas d'absence d'accord, il a laissé les parties et les juges dans un flou total.

Mme Sarhane ajoute que « certaines femmes, dès l'annonce du projet, ont pensé qu'elles auraient droit à la moitié des biens de leurs maris. Les hommes, de leur côté, ont pris peur de voir leurs femmes, s'ils sont mariés, ou leur future épouse s'ils sont encore célibataires, faire main basse sur leur fortune. Les juges, en l'absence de critère d'évaluation, ne sauront pas appliquer la règle avec toute la philosophie de justice et d'équité qu'elle sous-entend. Il aurait fallu par exemple terminer l'alinéa 3 de l'article 49 en ces termes « en application du principe (cad wa sia'ya) tel que consacré par la jurisprudence dans la région de Sousse »⁵³⁵. Plusieurs questions se posent et il paraît difficile de comprendre que le législateur puisse laisser autant de lacunes dans ce domaine.

354. La pratique tend à mettre plus de lumière sur les zones d'ombres apparaissant dans cette loi. En fait, pour ce qui est du contrat annexe à celui du mariage, régissant la gestion des biens par les époux, il est à remarquer qu'il est rarement mis en place, même après l'information de ces derniers par les adouls au moment de la conclusion du contrat de mariage. Lors des 272 989 mariages conclus au cours de l'année 2006,

⁵³⁴ F. SARHANE, op. cit., *Gaz. pal.*, p. 55.

⁵³⁵ *Ibid.*

424 contrats additifs seulement ont été contractés, à savoir 0,15%⁵³⁶. Cela s'explique par des raisons culturelles et économiques. En plus de la gêne générale ressentie par la majorité des futurs mariés de traiter des questions de partage des biens au moment où ils concrétisent leur union, il y a un rejet de tout contrat économique préalable surtout à cause du statut social de la plupart des femmes marocaines. Il reste qu'au Maroc, la majorité des femmes sont des femmes au foyer, n'exerçant aucun travail à l'extérieur et donc pauvres. Par conséquent, elles ne s'attardent pas sur l'annonce des adouls sur l'option offerte par la loi pour une communauté des biens accumulés pendant le mariage⁵³⁷.

355. Les magistrats restent sceptiques quant à l'intérêt de cette disposition. Une magistrate condamne le contrat de partage des biens en affirmant qu'au moment de la conclusion du mariage, « il ne s'agit plus de mariage. Etant un pacte fondé sur le consentement et la cohésion légale, le mariage perd une partie essentielle de sa force en l'associant, dès le début, à des calculs matériels »⁵³⁸. Elle insiste sur le côté affectif et émotionnel du mariage qui pourrait être entaché par une disposition purement matérielle. Un autre magistrat ajoute qu'en raison de la difficulté qu'une femme marocaine a pour pouvoir se marier, elle ne mettra pas en danger son projet en proposant à son futur époux un contrat de partage des biens, à signer en même temps que le contrat de mariage. Sans oublier la crainte des hommes de se trouver obligés de partager leurs biens avec leur épouse, une idée très mal venue dans la mentalité de l'homme marocain.

Même si l'épouse opte pour l'établissement du contrat de partage des biens après le mariage, « les femmes mariées n'ont pas encore le courage, ni le réalisme nécessaire d'adresser clairement à leur époux une demande de reconnaissance juridique de leur part des biens familiaux. Cela est vrai aussi bien chez les femmes salariées et éduquées que parmi les femmes au foyer et sans instruction. Elles se sentent embarrassées à l'idée de franchir un tel pas. Elles subissent toujours les effets d'une éducation traditionnelle qui leur a inculqué l'idée qu'une femme doit se tenir à l'écart

⁵³⁶ Statistiques fournies par le ministère de la justice, Voir. R. N. EL MEKKAoui, op. cit., p. 209

⁵³⁷ *La perception du Code de la famille. et de son environnement social et professionnel*, étude préc., p. 48

⁵³⁸ Étude précitée., p. 49.

du calcul économique, et qu'elle doit remettre toute la responsabilité de ce qui s'y déroule entre les mains de l'époux. Elles continuent à vivre conformément à leurs bonnes intentions et leurs sentiments de confiance jusqu'au jour où l'époux change d'avis, s'accapare de ses biens avec documents à l'appui »⁵³⁹.

356. Un acteur du tribunal⁵⁴⁰ a proposé le retour aux contrats de mariage traditionnels⁵⁴¹ qui mentionnait en détail tous les biens meubles et immobiliers dont la propriété revient à la mariée en précisant les unités de chaque bien meuble et la superficie des biens immobiliers. Ainsi, l'époux ne pourrait s'approprier les biens de l'épouse possédés avant l'union. Le contrat de mariage actuel ne mentionne aucune de ces informations ce qui peut être dommageable pour l'épouse surtout en cas de divorce.

357. Les femmes divorcées qui subissent une fin dramatique, après de longues années de mariage et de loyaux services, viennent essentiellement de familles pauvres. A l'inverse, dès que le rang social s'élève, le divorce revêt rarement l'aspect d'un drame économique pour la femme ou pour ses enfants. Il y a des cas où « les magistrats se retrouvent parfois face à des époux et des pères, qui dans l'estimation des droits dus à la femme et aux enfants, vont bien au-delà de ce que les juges comptaient proposer »⁵⁴². En pratique, les drames les plus conséquents sont essentiellement des drames de pauvres qui se trouvent démunis de toute protection.

358. Mais, en général, la majorité des couples ne signent pas de contrat régissant le partage de leurs biens acquis après le mariage. Le problème qui se pose en cas de séparation concerne la preuve, soit pour démontrer que les biens accumulés l'ont été après la conclusion du contrat de mariage, soit pour estimer la proportion de la contribution féminine à l'accumulation de ces biens. Ainsi, « les acteurs du tribunal de Tanger sont unanimes à reconnaître que des actions telles que l'enfantement,

⁵³⁹ *La perception du Code de la famille. et de son environnement sociale et professionnel*, études précitées., p 50.

⁵⁴⁰ Personne interrogée lors de l'étude précitée.

⁵⁴¹ Dans certaines familles, la tradition était de conclure un contrat de mariage écrit qui comportait des détails. « On y mentionnait tous les biens meubles et immobiliers dont la propriété revient à la mariée en précisant le nombre d'unités correspondantes (par exemple, 10 oreillers, 4 couvertures, 2 coffrets, 4 vaches, etc.) », étude précitée, p. 50.

⁵⁴² Étude précitée, p. 51

l'allaitement, l'éducation des enfants, et les tâches du ménage sous toutes leurs formes, facilitent la vie à l'époux et contribuent au développement de sa carrière, sont « tellement précieuses qu'elles sont hors de tout prix »⁵⁴³. Une magistrate explique que le droit musulman selon le rite malékite considère que « le contrat de mariage n'oblige pas une femme à faire les travaux ménagers. Par conséquent, si les femmes effectuent ces travaux, la valeur de cette contribution devrait, alors, être estimée ». Elle ajoute que c'est grâce à ses travaux effectués par l'épouse que cette dernière « épargne au mari le paiement des frais d'une servante »⁵⁴⁴.

359. Même si l'épouse travaille et apporte sa contribution financière à l'accumulation de biens pendant le mariage, l'estimation de sa véritable contribution reste difficile puisque cet apport porte sur deux fronts, externe et interne. C'est pour cette raison que plusieurs magistrats optent pour le choix de la jurisprudence Sousse qui se base sur la règle du « labeur et de la poursuite de l'effort » (Al-kadd Wa Sia'ya), en vertu de laquelle, les femmes reçoivent une compensation pour leur contribution au travail domestique et extra-domestique, notamment en milieu rural. Ainsi, ils reviennent au principe de l'attribution aux fructifications.

3- Les règles générales de preuve

360. Il s'agit du recours aux règles générales de preuve. Cela se traduit dans le cas où le juge applique le principe de la contribution aux fructifications en prenant en compte le travail de chacun des deux époux et les charges qu'ils ont eu à assumer pour le développement des biens familiaux.

361. Lors des litiges ou de la dissolution de mariage, le tribunal appelé à évaluer les patrimoines des époux. Ainsi le juge fait une distinction entre les biens personnels qu'il conserve lors de tout partage, c'est-à-dire les biens en possession de l'époux avant le mariage, les biens qu'ayant été acquises pendant le mariage et qui ont une particularité personnelle comme les bijoux ; enfin, les droits exclusivement attachés à sa personne. Puis les biens acquis pendant le mariage et dont l'autre époux a, par

⁵⁴³ *La perception du Code de la famille. et de son environnement sociale et professionnel*, étude précitée, p. 51-52

⁵⁴⁴ *Ibid.*

son travail, ses revenus et les efforts qu'il a accomplis, contribué à la croissance de l'économie du ménage.

Mais puisque les critères d'évaluations sont absents, les juges ne sont pas, comme il a été signalé, à même d'appliquer la règle conformément à l'esprit de justice et d'équité qu'elle inspire.

Cela est d'autant plus vrai dans la société marocaine où aucune comptabilité n'est tenue au cours de la vie conjugale et où les acquêts sont très souvent entrelacés. Le calcul n'est donc pas si aisé. Afin d'y parer, le juge se doit d'évaluer la contribution de chacun des époux et de recourir aux règles générales de preuve, c'est-à-dire que celui qui prétend à la propriété d'un bien, doit la prouver.

362. Il est possible, par exemple, de procéder, pour chaque époux, au calcul de la valeur des biens dont il était propriétaire à la fin du mariage par rapport à celle du début du mariage. Cependant, très souvent, parce que la preuve fait défaut, le tribunal se trouve désarmé et, bien qu'il soit conscient de l'iniquité de la répartition, il ne parvient pas à partager les biens objets du litige, en fonction de la contribution de chacun. Cela sans oublier les difficultés d'évaluation du patrimoine d'origine à la fin du mariage, ainsi que les problèmes interminables de preuve comme signalé précédemment. Tant que les rapports financiers sont ambigus à cause de l'organisation patrimoniale telle qu'elle existe actuellement au Maroc, l'injustice sera toujours présente.

363. Si le Code de la famille actuel est considéré comme une avancée pour les droits des épouses, il dispose essentiellement de règles qui remettent l'enfant au centre de la famille et qui tendent à sa protection même si le couple subit une rupture. L'application de ces droits exige toutefois la condition que l'enfant soit légitime.

Section II : La filiation et les rapports des époux avec les enfants

364. La parenté revêt une importance capitale en droit musulman tant en raison de la place fondamentale que l'Islam octroie à la transmission qu'au rôle essentiel que

joue ce lien dans la vocation successorale. Elle « s'entend du lien par le sang qui unit deux personnes descendant l'une de l'autre »⁵⁴⁵.

365. L'islam a donné à la filiation par le sang des effets particulièrement efficaces. L'exigence de cette parenté par le sang doit être comprise *stricto sensu*, la transmission doit rester chez les personnes ayant le même sang et la même origine. Le concept est très poussé en droit musulman et trouve son sens dans les coutumes et les cultures arabes fortement attachées à la notion de l'origine, à celle du pouvoir du père, chef de la famille et à l'importance de la transmission de l'héritage, non seulement du nom de famille, mais de toute l'histoire familiale. Une vocation héréditaire ne peut naître d'autres parentés comme la parenté adoptive ou la parenté par le lait. Il n'y a que celle du sang qui entre en compte.

Cette parenté puise sa source dans la filiation qui est le lien de consanguinité qui rattache l'individu à ses auteurs⁵⁴⁶. Elle ne peut être établie que dans le cadre du mariage à l'égard des deux parents, par le jeu de la présomption qui attribue aux époux la filiation des enfants nés pendant le mariage.

366. Ainsi le droit marocain ne reconnaît que la filiation légitime (paragraphe I), afin de permettre à l'enfant de jouir de rapports juridiques avec ses parents (paragraphe II) et essentiellement son père. Ce n'est pas le cas de l'enfant issu d'une filiation illégitime, qui malgré le caractère prohibitif qui l'entoure existe en pratique et peut même donner naissance à un autre genre de rapport qui est la relation adoptive dans le cadre de ce qui est nommé la kafala (paragraphe III).

Paragraphe I : La filiation légitime : définition et exceptions

367. La filiation est un effet juridique produit par le mariage. Ce point est traité par le Code marocain de la famille aux articles 142 à 162. Selon l'article 150 : « la filiation est le lien juridique qui unit un enfant à ses parents et qui se transmet d'ascendant aux descendants ». La moudawana donne toutefois une définition

⁵⁴⁵B. DURANT, op. cit., p. 139.

⁵⁴⁶*Ibid.*

ambiguë du concept de la filiation, dans la mesure où il était fréquent de se trouver face à des enfants conçus lors d'un mariage invalide, ou même hors mariage ou encore face à la prise en charge d'un enfant abandonné. Différentes raisons ont participé au remodelage subi par le Code. Elles relèvent tant de la prise en considération de métamorphoses socioculturelles, de revendications concertées, de la résurrection de préceptes islamiques, que du respect des conventions internationales et bilatérales dont le Maroc est signataire, telle la convention internationale sur les droits des enfants de 1989, la convention de la Haye de 1993 sur la protection des enfants et de la coopération en matière de l'adoption.

368. Le législateur adopte une attitude indulgente, tant vis-à-vis des enfants issus d'un mariage invalide qu'à l'égard des enfants dont la filiation est contestée. Dans cette perspective, il est logique d'aborder en premier lieu la filiation issue d'un mariage valablement conclu (I), avant de traiter, en second lieu, celle issue d'un mariage invalide (II), pour s'intéresser enfin à des situations problématiques comme la filiation des enfants issus des fiançailles ou dans un cas de doute ou d'erreur (III).

I- La filiation issue d'un mariage valablement conclu

369. Le mariage valablement conclu est celui qui répond tout à la fois à un échange de consentements et à la réunion de conditions comme le versement de la dot, l'absence d'empêchements et la présence de deux adouls afin d'authentifier la conclusion du mariage.

370. Si un conflit se pose dans le domaine de la filiation, il est bien souvent du côté du père, qui rejette ou désavoue la filiation de son enfant. Le droit musulman apporte une solution assez radicale afin de limiter pareilles attitudes. Il décrète que la filiation est automatiquement établie et réputée légitime à l'égard de l'enfant né dans le cadre d'un mariage valable ou né après sa dissolution, mais lorsque sa conception peut être située pendant le mariage⁵⁴⁷. La filiation est considérée comme légitime lorsque les conditions suivantes sont remplies.

⁵⁴⁷ Rajaâ NAJI EL MEKKAOUI, *La moudawana, le référentiel et le conventionnel en harmonie* t. I, Ed. Bouregreg, Rabat, 3^{ème} éd. 2009 p. 241

371. La première traite du délai dans lequel la naissance de l'enfant a eu lieu, il est fixé à *minima* à six mois à compter de la date de conclusion du pacte matrimonial. Dès que le mariage est conclu en bonne et due forme, la filiation est établie de plein droit non seulement à l'égard de la mère, mais aussi à l'égard du mari de celle-ci. C'est une présomption de paternité afin de protéger la famille, assurer sa stabilité et garantir la filiation de l'enfant⁵⁴⁸. C'est ce que rappelle la Cour suprême dans une décision rendue le 1er avril 2009⁵⁴⁹ en déclarant que si l'article 153⁵⁵⁰ du Code de la famille a donné au conjoint la possibilité de contester la filiation en cas de cohabitation par le biais d'une expertise, le tribunal ne peut y faire droit que s'il est produit des preuves suffisantes, ce qui n'est pas le cas lorsque l'enfant naît au cours de la vie conjugale. La haute juridiction maintient donc la présomption de paternité lors de la relation conjugale et limite le recours à l'expertise afin d'éviter à l'enfant de se retrouver sans filiation.

Le délai de six mois pour déclencher la présomption de la paternité imposée par le Code est une condition qui permet aussi de garantir que l'enfant n'est pas né d'une relation antérieure. Ainsi la Cour suprême a refusé d'établir la filiation d'un enfant né après un délai de trois mois après la conclusion de l'acte du mariage lors d'un arrêt du 25 mars 2009⁵⁵¹. Elle précise dans cette décision que la filiation paternelle ne peut être établie lorsque l'enfant naît dans les trois mois de la conclusion du mariage. En effet elle ne peut être établie que si l'enfant naît au moins six mois après la conclusion de l'acte. Au-delà du délai de six mois, « les rapports conjugaux constituent une preuve irréfutable établissant la filiation si la naissance intervient dans les six mois qui suivent la date de conclusion de l'acte de mariage »⁵⁵².

La haute juridiction va plus loin puisqu'elle n'exige pour l'établissement de la paternité qu'un consentement au mariage et le respect du délai de six mois dès le moment de l'expression du consentement. Lors d'une affaire dans laquelle la mère a

⁵⁴⁸ Article 151. C.F.

⁵⁴⁹ Cr. sup. le 1 avril 2009, *Arrêts de la Cour suprême, Chambre du statut personnel et successoral*, N°25

⁵⁵⁰ *Infra.* n° 370.

⁵⁵¹ Cr. sup. le 25 mars 2009, A. CHOUKRI, *Les principaux arrêts de la cour suprême en application du livre III du code de la famille.*, N°IDGL, p.83.

⁵⁵² Cr. sup. le 18 mars 2009, A. CHOUKRI, *op.cit.*, N°IDGL, p.83.

réussi à prouver le consentement mutuel au mariage exprimé par écrit par les deux parties, la Cour a décidé que la filiation paternelle est constituée même si l'enfant a été conçu six mois avant la conclusion de l'acte du mariage sans que le tribunal ne soit tenu d'ordonner une expertise⁵⁵³ .

372. La deuxième condition est que la filiation peut être établie pour l'enfant né après la dissolution du mariage. Il faut en ce cas que sa conception soit située pendant le mariage, sous réserve que la naissance de l'enfant ait lieu dans un délai maximum égal à un an à compter de la date de dissolution du mariage, quelle que soit la raison de celle-ci. Dans ce cas aussi, la haute juridiction refuse l'expertise demandée par le père afin d'établir un désaveu de paternité après un divorce lors d'une décision rendue le 17 juin 2009⁵⁵⁴. Il s'agit d'un père qui introduit une action de désaveu de la paternité de son fils né le 9 août 1985 après un mariage avec la mère datant du 18 octobre 1984. Le divorce n'a été prononcé que le 2 septembre 1987 sans la présence de l'épouse. L'époux ayant déclaré qu'il n'a pas pris connaissance de la grossesse de son ex-épouse voulait désavouer sa paternité. La Cour rappelle que la filiation est établie lorsque l'enfant naît dans les dix mois suivant la date de conclusion de l'acte de mariage sans qu'il soit besoin de prendre en considération la déclaration faite par l'époux, en l'absence de l'épouse, selon laquelle elle ne serait pas enceinte. C'est à bon droit que la Cour a rejeté la demande d'expertise l'époux n'ayant produit aucune preuve suffisante justifiant sa demande. Ainsi tant que la conception de l'enfant se place dans la période du mariage, la présomption de paternité s'applique à l'époux malgré la dissolution du lien conjugal.

373. La troisième et dernière condition pour considérer une filiation comme légitime, il faut qu'il y ait possibilité de rapports sexuels à même d'être à l'origine de la grossesse. Le Code est resté très vigilant sur ce point puisqu'il dispose dans son article 154 que « la paternité s'établit par le lit conjugal : les rapports conjugaux :

- S'il s'est écoulé depuis l'acte de mariage une période égale à la durée minima de la grossesse à la suite de laquelle l'enfant né et qu'il y a eu possibilité de rapports sexuels entre les époux que l'acte soit valable ou vicié,
- Si l'enfant est né durant la période d'une année à compter de la date de séparation ».

⁵⁵³ Cr. sup. le 15 avril 2009, . A. CHOUKRI, op.cit., N°IDGL , p. 43.

⁵⁵⁴ Cr. sup. le 17 juin 2009, A. CHOUKRI, op. cit., N°IDGL , p.83.

Ces règles sont d'ordre public, personne ne possède le droit de changer la condition juridique de l'enfant ni sa filiation, l'article 143 est très clair : « La filiation est légitime à l'égard du père et de la mère jusqu'à la preuve du contraire ». Quiconque prétend dénier la filiation d'un enfant ou d'un embryon conçu lors du mariage, doit en produire la preuve et s'il y a lieu de contestation, seul le tribunal est en droit d'y statuer et de changer, le cas échéant, la filiation de l'enfant comme le rappelle la Cour suprême dans son arrêt du 24 décembre 2008⁵⁵⁵ en précisant que le désaveu de paternité ne peut être établi que par décision judiciaire.

374. Dans cette perspective, il est utile de comprendre la notion du lit conjugal (A) ainsi que la procédure en cas de désaveu des enfants nés sur le lit conjugal (B).

A- Le lit conjugal

375. Il faut signaler que le terme « lit conjugal » a une signification très précise en droit musulman. Il est « synonyme de mariage et non de cohabitation proche du concubinage, comme le présente certains francophones qui traduisent rituellement le « lit conjugal » par « cohabitation »⁵⁵⁶. C'est souvent le cas de traductions non officielles du Code qui véhiculent une interprétation importune.

376. Le principe est que le mari est le présumé père des enfants nés sur le lit conjugal et il ne peut contester la filiation de l'enfant qui lui est rattaché par le biais du mariage, que s'il détient des preuves intangibles.

377. La preuve fait l'objet des dispositions des articles 153 et 158 du Code de la famille qui énumèrent les moyens admis pour l'établissement de la filiation. Il s'agit du lien conjugal, de l'aveu du père, du témoignage de deux adouls, de la commune renommée établissant que l'enfant est bien le fils du mari et qu'il est né des rapports conjugaux des époux, ou encore du doute comme le dispose l'article 134. Ce texte précise que dans le « cas où la femme observant la '*Idaah*' invoque le doute sur la

⁵⁵⁵ Cr. sup. le 24 décembre 2008, Revue de la Cour Suprême, N°25.

⁵⁵⁶ Rajaâ NAJI EL MEKKAOUI, op. cité, note 1, p. 243.

grossesse, et qu'il y a litige à ce sujet, le cas est soumis au juge qui se fait aider par des experts pour déterminer s'il y a grossesse et la date de son commencement afin de décider si la 'Iddah' a toujours cours ou si elle est terminée ». Les articles 153 et 158 visent enfin les autres modes de preuve, légalement admis, y compris l'expertise judiciaire.

B- Le désaveu des enfants nés sur le lit conjugal

378. La supposition de paternité est irréfragable mais elle n'est pas absolue. Le mari peut, dans certains cas, désavouer l'enfant. Le désaveu de paternité est une action en justice qui ne peut être intentée que par le mari et non par une tierce personne. A cet effet, il peut procéder soit au serment d'anathème (2) soit à une expertise (1)⁵⁵⁷.

1- L'expertise génétique et la présomption de la paternité

379. Selon la jurisprudence sous le règne de l'ancienne moudawana, seule la présomption de la paternité légitime permettait d'établir la filiation. Aujourd'hui il y a d'autres moyens de preuves plus pertinents comme les tests génétiques. La pratique impose cependant de savoir si les juges accepteront ce moyen de preuve et appliqueront les recommandations du législateur. La question est légitime puisque, sous l'ancien régime, les tribunaux marocains avaient rejeté les tests ADN dans l'affaire Bellakhdim/ Ijourk⁵⁵⁸.

380. Il s'agit du cas d'époux franco-marocains qui se séparent après un mariage célébré au Maroc en 1995. Le mari quitte le domicile conjugal le 11 novembre 1995. Le divorce est prononcé par un juge marocain le 2 février 1996. L'époux reçoit une convocation au tribunal de grande instance de Mulhouse en juin 1997. Son ex-épouse qui a donné naissance à une fille le 13 septembre 1996 lui réclame une pension alimentaire de 1500 francs par mois. Elle a aussi pris la liberté d'apposer le nom de

⁵⁵⁷ Article 159. C.F.

⁵⁵⁸ Voir K. ZAHIR, op. cit., p. 78, Affaire ayant fait la une du journal *Le Monde* du Vendredi 4 février 2005, voir aussi *Le Monde* du 25 juillet 2003, *Libération* du 7 mars 2005

son ex-mari sur l'acte de naissance de sa fille. M. Bellakhdim déclenche une action en désaveu de paternité et réclame une expertise ADN. Les résultats, connus en février 2000, concluent que « Monsieur Mohamed Bellakhdim est exclu de paternité vis-à-vis de l'enfant Anissa Bellakhdim par deux systèmes génétiques différents »⁵⁵⁹. Après ces révélations, le tribunal de grande instance de Mulhouse déclare que le jugement doit être porté sur l'acte de naissance de la fille, qui sera rattachée uniquement à sa mère. Le conflit se poursuit néanmoins au Maroc. La mère y avait déjà introduit la même requête en 1998. M. Bellakhdim réplique en produisant le jugement du TGI de Mulhouse accompagné des tests ADN excluant sa paternité. Le tribunal marocain a refusé de prendre en considération les tests génétiques excluant définitivement la paternité de prétendu père et l'a condamné à verser une pension alimentaire ainsi que plusieurs sommes d'argent au titre du frais d'accouchement et de garde⁵⁶⁰.

Les arguments avancés par le tribunal se fondent sur deux points. Le premier argument repose sur le délai maximal de la grossesse d'un an après le prononcé du divorce (ancien article 76 de la moudawana/ 145 du Code actuel). L'enfant étant née durant cette période, elle est donc couverte par la présomption de paternité. Le second argument rappelle que la procédure du désaveu de la paternité ne peut avoir lieu que selon les procédures du droit musulman et il ajoute que le jugement français basé sur les tests ADN est « contraire à la loi marocaine et à la tradition musulmane ». Les hauts magistrats ont invoqué l'ordre public international afin d'écarter la convention franco-marocaine de 1981 et ainsi écarter la décision du tribunal français. Ces arguments ont été repris par la Cour d'appel⁵⁶¹ et la Cour suprême marocaine⁵⁶².

⁵⁵⁹ Libération, 7 mars 2005 Rapport d'expertise, février 2002, p. 2

⁵⁶⁰ Trib. de 1^{ère} instance d'El-Jadida, jugement N° 496/98 rendu le 20/03/2002.

⁵⁶¹ C.A El-Jadida, Chambre du statut personnel, dossier N°2/188/1, arrêt du 29/03/2003, v. article F.P. Blanc « La présomption Al-walad li-l-firâs et les testes ADN, la présomption du droit marocain (à propos de l'arrêt Bellakhdim contre Ijourk rendu par la Cour d'appel d'Al-Jadida le 29 avril 2003) » *in* la Revue Franco-maghrébine de droit, Islam et droit, n°12-2004, Presse universitaire de Perpignan, Presse de l'Université des sciences sociales à Toulouse.

⁵⁶² Cour suprême, Assemblée plénière, arrêt du 30 décembre 2004, v. M. Rousset, « Du refus d'admettre la preuve génétique de la filiation par la Cour » La Gazette du Maroc n°408, 21 février 2005.

La position de tribunal marocain est en accord avec les dispositions de l'ancien texte. Le Code dans sa version actuelle et grâce à ses articles 153 et 158 prévoit que la présomption de paternité peut être combattue par une expertise scientifique⁵⁶³.

381. L'article 153 dispose : « les rapports conjugaux, assortis de leurs conditions, constitue une preuve irréfutable établissant la filiation paternelle. Ils ne peuvent être contestés que par le mari, suivant la procédure du serment d'anathème ou par le moyen d'une expertise formelle, et ce, à condition :

- que l'époux concerné produise des preuves probantes à l'appui de ses allégations ;
- et
- que ladite expertise soit ordonnée par le tribunal ».

382. Il ressort de cet article que dans le cas de l'affaire Bellakhdim/ Ijour, les conditions seraient aujourd'hui réunies. L'expertise a été ordonnée par le tribunal de grande instance de Mulhouse et l'époux concerné n'avait pas meilleure preuve que le rapport attestant que « le polymorphisme de l'ADN exclut la paternité de M. Bellakhdim vis-à-vis de l'enfant A. Bellakhdim »⁵⁶⁴. La position de la Cour suprême excluant la paternité du père vis-à-vis de l'enfant s'explique par le fait qu'à partir du moment où les juges marocains ont décidé que le droit marocain est applicable, ils ne pouvaient prendre en considération les tests ADN qui n'avaient à l'époque aucune valeur juridique⁵⁶⁵. Dans ce cas la décision de la Cour paraît irréprochable puisqu'elle refusait de manquer à la règle de la présomption de paternité imposée par le droit musulman à cause d'une vérité biologique. Cet argument paraît cependant bien faible même sous l'ancien régime. En effet, la très conservatrice Académie du Fikh islamique considère les résultats des ADN comme « des preuves catégoriques qui ne souffrent pas de l'erreur »⁵⁶⁶, de même pour l'Organisation islamique des sciences médicales qui a incité les pays musulmans à adopter cette nouvelle preuve qu'elle qualifie « d'infaillible » et « d'incontestable »⁵⁶⁷. Il n'existait donc aucune raison religieuse pour que les juridictions marocaines rejettent les tests ADN comme preuve

⁵⁶³ M. KACHBOUR, *Char'h moudawanat al-usra, inh'ilal mithaq al-zawjia (commentaire du Code de la famille., la dissolution du lien conjugal)*, Matba'at al-najah al-jadida, 2006, t. II, p. 310.

⁵⁶⁴ Doc. G. KANDEL, Affaire Bellakhdim/ Ijourk, Rapport d'expertise, précité.

⁵⁶⁵ Puisque c'est la moudawana avec son ancien texte qui était applicable.

⁵⁶⁶ Voir la recommandation de l'Académie du Fikh, 16^{ème} session tenue à la Meque du 5 au 10 janvier 2002, M ; KACHBOUR, op. cit. p. 311.

⁵⁶⁷ Revue de la conscience islamique (en arabe), année 39, n° 435, Janvier-février 2002.

de désaveu de paternité, ce qui ressort d'ailleurs d'un arrêt du 9 mars 2005 rendu par la haute juridiction sanctionnant une décision des juges du fond qui avaient refusé d'ordonner l'expertise médicale dans une affaire relative aux désaveu de paternité « alors qu'il n'existe aucun texte légal interdisant cette expertise »⁵⁶⁸. La doctrine⁵⁶⁹ même avant la réforme du Code de la famille et la jurisprudence avait conclu que la présomption de paternité n'était pas irréfragable. Les expertises médicales (dont les tests ADN) doivent être acceptées comme preuve de désaveu de paternité chaque fois où le mari est persuadé de ne pas être le père de l'enfant⁵⁷⁰.

383. Il faut néanmoins comprendre que l'expertise médicale doit être ordonnée par le juge. C'est ce dernier à qui revient d'apprécier les preuves présentées par le père désirant désavouer sa paternité⁵⁷¹. Le demandeur doit ainsi fournir la preuve de l'impossibilité d'être le père comme la stérilité par exemple⁵⁷² pour que le juge ordonne une expertise médicale afin de confirmer la preuve avancée. Si le père ne porte pas les preuves de l'impossibilité de sa paternité telle la stérilité, la Cour estime qu'il n'a pas droit à la demande d'expertise. C'est dans ce sens que la Cour suprême a jugé que prétendre être stérile pour réfuter la paternité sans en apporter la preuve ne peut être considérée par le tribunal comme une preuve justifiant de faire droit à la demande d'expertise, lors de l'arrêt du 18 mars 2009⁵⁷³.

384. Reste que malgré la fiabilité des expertises médicales, le législateur marocain a gardé la possibilité de recourir à la procédure du serment d'anathème qui n'a pas seulement pour objet le désaveu de la paternité mais essentiellement la condamnation de la femme adultère.

⁵⁶⁸ Cr. sup., Chambre du statut personnel et successoral, 9 mars 2005, dossier n°615/1/2/2003.

⁵⁶⁹ R. MACHQAQA, « Ithbat al-nassab bayna teb wa al-qanoun » in *Qiraâth wa tha'aliq* (Etablissement de la filiation entre la médecine et le droit) in (Lectures et commentaires), Matba'at al-ma'arif al-Jadida, 1998, p.135 ; H. BELLHSSAYNI, « qawa'id ithbath al-nassab wa al-thiqniath al-haditha » (Les règles de l'établissement de la filiation et les techniques nouvelles), Rev. mar. dr. éco. Dévelop., année 2002, n°6, p. 95 ; I. AL-FAKHOURI, « Nafy wa ithbath al-nassab di al-tâ'halil al-tebiya : moqaraba tachri'iya wa qada'iya wa fiqhiya » in Al markaz al-qanouni lilmarâ al-maghribiya min khilal moudawana al ah-a'hawal al-chakhssiya, (l'expertise médicale comme moyen de preuve en matière d'établissement de la filiation et de désaveu de paternité) Dar al-nâcher al-jossour, Oujda, 2002, p. 89.

⁵⁷⁰ Cr. sup. 4 janvier 2006, dossier n° 547/2/1/2004.

⁵⁷¹ Cr. sup. 1 janvier 2009, arrêt précité.

⁵⁷² Cr. sup. 7 janvier 2009, Revue de la Cour Suprême, N°25.

⁵⁷³ Cr. sup. 18 mars 2009, Arrêts de la Cour suprême, Chambre du statut personnel et successoral, n°25

2- Le serment d'anathème

385. Voilà un exemple criant de l'attachement du Code au droit musulman classique. Cela concerne une pratique millénaire : le serment d'anathème, "*Li'ane*", qui reste une procédure propre à ce droit. Cette pratique est prévue par l'article 153 mais de manière implicite. Il faut revenir à l'article 25 de l'ancienne moudawana pour trouver une mention expresse de cette dernière. Le Code reste très ambigu puisqu'il ne précise ni son sens, ni les conditions de sa mise en œuvre, laissant ainsi le juge puiser dans la jurisprudence du rite malékite conformément aux articles 400⁵⁷⁴.

386. La procédure du serment d'anathème est déclenchée par l'époux qui, dépourvu de toute preuve intangible, accuse son épouse d'infidélité. L'époux doit alors prêter quatre fois le serment selon lequel « ses déclarations sont véridiques ». Il prête ensuite un cinquième serment qui est « que la malédiction d'Allah tombe sur lui s'il est du nombre des menteurs ». L'épouse accusée est appelée, elle aussi, à faire de même. En prêtant les serments, elle est exonérée de toute sanction, sinon elle assume la responsabilité car son abstinence et son silence sont pris pour aveu et l'enfant subit le désaveu de la paternité. Dans tous les cas, cette procédure donne lieu à une séparation définitive entre les époux. C'est pour cette raison, vu ses conséquences graves, qu'il est très rare de voir cette procédure devant les tribunaux marocains.

387. L'expertise est la procédure la plus fréquente, si elle tranche par l'affirmative concernant le rattachement génétique de l'enfant en question, elle est sous condition que les preuves doivent être incontestablement, concluantes et qu'elle soit réalisée sous l'ordre judiciaire comme l'exige l'article 153 du Code de la famille.

388. Dans tous les cas, l'époux ne peut déclencher une des deux procédures que s'il produit des preuves solides de ses allégations et que la procédure est ordonnée

⁵⁷⁴A. CHAHBOUNE, *Charh'moudawanat al-ah'wal al-chaksiya, al-zawaj, al-talak, al-wilada wa nataijouha* (commentaire de la Moudawana du statut personnel marocain, mariage, répudiation, la naissance et ses effets), Matbaât al- Najah al- Jadida 2000, t. I, p. 332.

par décision judiciaire. Plus concrètement, le désaveu est judiciairement prouvable dans les cas suivants :

Premièrement, le père peut avoir l'autorisation d'ouvrir la procédure du désaveu de paternité, si l'enfant naît moins de 6 mois après la conclusion du mariage ou plus d'un an après sa dissolution.

Deuxièmement, lorsque la conception remonte à une époque où la cohabitation et, plus particulièrement, le rapport sexuel, ont été impossibles pour cause de maladie ou de séparation physique.

Troisièmement, lorsque le mari accuse sa femme d'adultère combiné avec un désaveu de paternité.

Quatrième situation lorsque le mari a eu connaissance de l'adultère, de la grossesse ou de l'accouchement (hors les délais) et ne réagit pas, la jurisprudence sous l'ancien régime n'hésitait pas à le priver de tout droit de contester la filiation de l'enfant⁵⁷⁵. Aujourd'hui, vu que l'expertise médicale est un moyen général de preuve, les tribunaux doivent l'accepter. La Cour suprême le rappelle lors d'un arrêt du 4 novembre 2009⁵⁷⁶ qui sanctionne les juges qui ne permettent pas au père de recourir à l'expertise médicale afin de prouver que l'enfant n'est pas le sien. La haute juridiction rappelle que la filiation est présumée établie lorsque l'enfant naît au cours de la vie conjugale sauf si l'époux a contesté la filiation par voie de serment d'anathème ou par voie d'expertise à la condition toutefois qu'il produise des preuves suffisantes à l'appui de ses allégations et que le tribunal prend en considération pour le désaveu de la filiation tous les moyens admis légalement notamment le test génétique, lorsque la filiation est contestée par l'existence d'un empêchement qui ne pouvait permettre la cohabitation conjugale lors de la conception de l'enfant. La haute juridiction ne traite pas de délais à respecter pour constater un adultère, une grossesse ou un accouchement, le père peut ainsi saisir le juge dès qu'il prouve qu'il était dans l'impossibilité de concevoir l'enfant.

⁵⁷⁵ Arrêt. Cr. sup. n° 1802, du 5/12/1989 : « *Le li'ane retardé sans motif est rejeté. L'action en Li'ane doit être déclanché dès le constat de la grossesse ou de l'adultère...* »

⁵⁷⁶ Cr. sup. 4 novembre 2009, Gazette des Tribunaux du Maroc, N°128 et 129

389. Il faut rappeler, que seul un jugement peut écarter la filiation paternelle d'un enfant et décider que la grossesse d'une femme n'est pas l'œuvre de son mari.

II- La filiation issue d'un mariage invalide

390. Un mariage est considéré comme invalide lorsqu'il ne respecte pas les conditions requises pour sa légalité, à savoir, l'échange et la concordance des consentements, la capacité ou la présence du tuteur en cas d'incapacité, l'absence d'empêchements, la dot et l'observation des formalités requises (supervision judiciaire, témoignage de deux adouls...).

391. Comme nous l'avons signalé dans la première section du premier paragraphe⁵⁷⁷, il existe deux sortes de nullités ; le mariage peut être nul ou imparfait.

392. Le mariage est considéré comme nul dans les deux cas suivants, l'absence de consentement et l'existence d'un empêchement légal prohibant le mariage. Pour ce qui est du mariage imparfait il faut distinguer deux types de causes. Il y a tout d'abord les causes qui donnent lieu à l'annulation uniquement avant la consommation comme l'exemple du vice entachant la dot. Ensuite, les causes qui entraînent l'annulation avant comme après la consommation comme le cas de la maladie qui comporte un risque pour l'autre conjoint ou le mariage visant à rendre licite la reprise d'un mariage par le mari précédent de l'épouse répudiée trois fois successives.

393. Si le mariage est imparfait, son annulation ne produit ses effets que dans le futur et de ce fait, le mariage annulable '*fâsid*' est considéré comme un mariage valable, engendrant la totalité de ses effets, d'où, à priori, la filiation légitime. Quant au mariage nul, bien qu'il ne produise aucun effet, ni dans le passé ni dans l'avenir,

⁵⁷⁷*supra*, n° 108 et s.

le législateur marocain en respectant les préceptes du droit musulman, lui a reconnu exceptionnellement deux effets.

394. Le premier effet reconnu concerne la femme, c'est l'istibrâ. Il s'agit d'une retraite légale semblable à l'Iddah, la femme y entre systématiquement si le mariage a été consommé. Sa durée est calquée sur celle de l'Iddah. Cette retraite permet de savoir si la femme est en état de grossesse.

395. Le second effet concerne la filiation des enfants issus de cette union. Ils sont rattachés au mari, que le mariage soit valide, invalide ou même nul. Il faut néanmoins mettre à part le cas où le mariage est conclu entre des personnes apparentées à un degré prohibé. Dans ce cas, si le mariage est conclu de bonne foi, la filiation est établie à l'égard du mari. En revanche, si le mariage est conclu de mauvaise foi, il est assimilé à une fornication et par conséquent les enfants qui en sont issus sont réputés être des enfants illégitimes.

396. Il faut encore préciser que dans tous les cas, l'article 146 dispose que la filiation illégitime entraîne vis-à-vis de la mère les mêmes effets que la filiation légitime en raison du lien naturel unissant l'enfant à sa mère. La filiation maternelle est réputée légitime, non seulement suite un mariage valablement conclu mais aussi en cas de doute, de viol ou même en cas de relation illégitime.

III- L'établissement de la filiation des enfants conçu lors des fiançailles ou en cas de doute ou de force majeure

397. Une des grandes innovations du Code actuel se traduit par la reconnaissance des fiançailles comme le début de naissance du mariage, contrairement à ce qui était prévu par l'ancienne moudawana qui ne leur donnait aucun effet de droit. Les fiançailles étaient considérées comme une simple promesse de mariage (A). Le cas du doute était aussi très imprécis sous le régime de l'ancienne moudawana, et le sort des enfants était aléatoire (B). La même conclusion s'imposait dans le cas de force majeure ayant entravé l'authentification du pacte matrimonial (C).

A- Les fiançailles

398. L'ancienne moudawana disposait d'une règle simple : la non-reconnaissance de l'enfant hors mariage, même s'il était avéré qu'il avait été conçu au moment des fiançailles. L'avenir de l'enfant était à la merci du père. Il fallait que ce dernier avoue et reconnaisse sa paternité. Le cas échéant, la mère n'avait comme seule solution que de procéder au rattachement au père par le biais du *Laffife*, c'est-à-dire la réunion de douze témoins, une procédure lourde, compliquée et très souvent vaines.

399. L'innovation apportée par le Code a eu pour but de résoudre cette situation afin d'assurer l'intérêt de l'enfant. L'article 156 consacre son droit à la paternité dans le cas où les fiançailles ont été établies par le consentement des parties, mais où le mariage n'a pas été formalisé pour des raisons de force majeure. Ainsi le législateur a élargi le champ de preuve légale à présenter au juge mais en respectant différentes conditions. Les fiançailles doivent avoir été célébrées et le tuteur matrimonial, dans le cas où la législation le prévoirait, doit être consentant. Il faut également prouver que la fiancée est tombée enceinte durant la période des fiançailles et enfin les deux fiancés doivent avouer que la grossesse est de leur fait.

C'est ce qu'a rappelé la Cour suprême dans son arrêt du 3 décembre 2008⁵⁷⁸ dans une affaire d'imputabilité de la grossesse intervenue lors des fiançailles. Le père désavouait la paternité de l'enfant alors que la mère soutenait qu'elle est tombée enceinte lors des fiançailles. La question que la Cour a posée est de savoir si les deux parties pouvaient prouver leurs fiançailles en leur imposant le recours aux moyens de preuve légitime pour établir les liens de paternité. La Cour rappelle à cette occasion que l'imputabilité de la grossesse intervenue lors des fiançailles au fiancé est soumise à la réunion des conditions suivantes : que la grossesse soit intervenue durant les fiançailles, que les fiançailles soient connues des deux familles, que la grossesse soit reconnue par les deux fiancés et enfin que le tribunal doit recourir au moyen de preuve en cas de désaveu de paternité. Toutes ces conditions doivent être respectées sans exception pour établir la filiation de l'enfant.

⁵⁷⁸ Cr. sup. 3 décembre 2008, *Rihab Al Mahakim*, N°4 Février 2010 p.6

400. Si toutes ces conditions sont réunies, la Cour suprême considère que la filiation est établie en faveur du fiancé sans qu'il n'ait besoin de produire l'acte de mariage⁵⁷⁹.

401. Si la filiation peut aisément s'établir dans le cas des fiançailles, c'est plus compliqué pour la filiation en cas de doute vu la rareté des cas et le flou qui entour cette filiation

B- La filiation en cas de doute

402. Le doute ou l'erreur est une institution instaurée par le droit musulman classique, adoptée par la moudawana et reprise par le Code dans l'article 155 faisant du doute un moyen d'accéder à la reconnaissance de paternité. Cet article dispose que « lorsqu'une femme mariée a eu avec un homme des rapports sexuels par erreur et a donné naissance à un enfant dans les périodes comprises entre la durée minima et maxima de la grossesse, la filiation de cet enfant est rattachée à l'auteur desdits rapports. En cas de doute, la filiation est établie par tous les moyens consacrés légalement ». Il est possible de penser que cet article n'a qu'un but, celui de responsabiliser l'auteur de l'acte erroné puisque le texte ne précise ni ce qu'est le doute, ni la procédure et les démarches à entreprendre pour faciliter le rattachement de l'enfant conçu dans ce cas. Le Code est très ambigu, reste à attendre la réaction des juridictions.

C- Filiation en cas de force majeure

403. Il s'agit de garantir à l'enfant le droit d'accès à la paternité même quand le mariage, pour des raisons de force majeure, ne serait pas authentifié. A cet effet, comme il a été signalé ultérieurement, le Code a prévu un délai de cinq ans pour authentifier les mariages irréguliers, qui a été reconduit jusqu'à 2014.

404. Les raisons sociales ont fait que le législateur a repris la notion de force majeure conçue lors de la promulgation de la moudawana en 1954 pour répondre aux

⁵⁷⁹ Cr. sup. 18 mars 2009, A. CHOUKRI, op. cit., N°IDGL, p.89

contraintes dues à l'insuffisance du nombre d'adouls. Ce problème ne se pose plus actuellement, puisque l'institution des adouls couvre la totalité des territoires même les plus reculés, mais l'article 16 du Code a pour but de légitimer les enfants nés de relations conjugales non authentifiées. Il dispose que « si, pour des raisons de force majeure, l'acte n'a pas pu être enregistré en son temps, le tribunal s'appuie, dans la reconnaissance du mariage, sur tous les moyens de preuve légale et l'expertise ; le tribunal prend en considération, lors de l'instruction, l'existence d'enfants ou de grossesse due à la relation conjugale, et si l'action a été engagée du vivant des deux époux. Cela implique qu'un traitement spécifique doit être réservé aux situations délicates : celles des unions non authentifiées ayant donné naissance à des enfants ».

405. Cet article rejoint les dispositions de l'article 158 décrétant que la filiation est établie outre le lit conjugal, par la reconnaissance du père, le témoignage de deux adouls, la preuve de l'audition (la commune renommée constituée de douze personnes) ou par tout autre moyen de preuve légale, y compris l'expertise judiciaire.

406. Il est indispensable de rappeler que l'action en reconnaissance ne peut être établie que par le père. L'action de recherche de paternité initiée par la mère ou l'enfant, que la procédure entreprise soit adoulaire, soit judiciaire, est très souvent vaine. Le sort de l'enfant se trouve donc dans les mains du père. Cette mesure discriminatoire dénie toute possibilité à la mère ou à son enfant de prouver la paternité. Aucune loi n'oblige ce dernier à reconnaître l'enfant. Encore une fois, le législateur reste très timide quant à la volonté d'améliorer le sort d'enfants victimes de la lâcheté de leurs présumés pères.

407. Enfin, il faut constater que le législateur a pour le moins diversifié les moyens de reconnaissance de la paternité (aveu et rattachement). Ces divers moyens ont un seul but, celui de l'aveu de paternité subordonné à la volonté exclusive du père. Aujourd'hui la jurisprudence doit normalement se conformer à l'article 158 prévoyant l'expertise médicale, moyen de preuve rejeté dans la jurisprudence produite sous l'ancienne moudawana.

408. La filiation établie, elle engendre des effets dans les rapports qui s'instaurent entre les parents et les enfants. Le législateur a apporté des innovations pour

améliorer ces rapports en prenant en considération l'intérêt de l'enfant qui devient une priorité.

PARAGRAPHE II: Les nouveaux rapports entre les enfants et leurs parents

409. La modification majeure introduite par le Code se traduit par l'introduction de dispositions particulières relatives aux droits des enfants. Le législateur a inséré dans le droit interne des dispositions d'ordre international. Le Maroc s'engage enfin sur la voie de la protection des droits de l'enfant en appliquant les dispositions de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant⁵⁸⁰.

410. Cette protection est exprimée par l'article 54 du Code posant le principe de la protection des enfants. Les parents sont dans l'obligation de protéger leurs enfants et de veiller sur leur santé jusqu'à leur majorité. Ils doivent préserver leur identité notamment le nom, la nationalité et l'état civil, garantir la filiation, la garde ainsi que la pension alimentaire, préserver leur intégrité physique et psychologique, assurer leur enseignement et formation selon leur aptitude physique et intellectuelle, leur assurer également une orientation religieuse et leur inculquer les règles de la bonne conduite.

Le texte du code détermine avec précision lesdits droits, notamment le fait de veiller à l'orientation religieuse, à l'inscription à l'état civil, à la garantie du droit à l'enseignement et le fait de s'abstenir de toute violence préjudiciable. En cas de séparation entre les parents, les obligations à l'égard des enfants doivent être réparties entre eux conformément aux dispositions en matière de garde. En cas de décès, les devoirs sont transmis à la personne chargée de la garde de l'enfant. Cette dernière doit veiller à l'intérêt de l'enfant qui est à sa charge.

411. Pour la première fois, le Code accorde une intention particulière à l'enfant handicapé en lui consacrant une protection supplémentaire et spécifique adaptée à

⁵⁸⁰ La Convention de New York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990, le texte disponible sur le lien : <http://www.unicef.org/morocco/french/CDE.pdf>

son handicap notamment en matière d'enseignement et de formation. Cette disposition mérite d'être saluée, l'effort accompli par le législateur reste inédit en comparaison des autres codes dans le monde arabe.

412. Le législateur a conféré à l'enfant une protection particulière, non seulement dans un but moral afin de concrétiser par un texte les droits de l'enfant, mais aussi la volonté afin d'introduire plus d'égalité entre les petits-enfants, filles et garçons, en matière d'héritage.

L'ancienne règle instaurée par la moudawana consistait dans le fait que lorsqu'une personne décédait en laissant des petits-enfants issus d'un fils pré-décédé, ces derniers pouvaient prétendre à un legs obligatoire ne dépassant pas le tiers de la fortune du défunt. Désormais, cette règle est également applicable dans le cas où les petits-enfants sont issus de la fille pré-décédée. Les enfants de la fille pré-décédée ont par conséquent le droit de demander leur part de l'héritage du grand-parent décédé⁵⁸¹. Le législateur traite ainsi les enfants sur un pied d'égalité sans tenir compte du sexe.

413. L'autre innovation est que pour la première fois, l'Etat se porte garant en prenant toutes les mesures nécessaires pour défendre les intérêts des enfants. Ce rôle est joué par le ministère public qui doit veiller, en tant qu'acteur essentiel dans les affaires touchant la famille, au contrôle de l'exécution des droits précités par le Code⁵⁸².

414. Ainsi le Code a apporté une révolution d'ordre sociale en bouleversant la famille et non seulement la situation de la femme. Cela confirme que le Code n'est pas créé pour la femme mais pour la famille marocaine. Un nouvel rapport s'est instauré entre les parents et les enfants. Le législateur a veillé à renforcer le rôle de la mère en matière de garde et de représentation légale (I), et a instauré des changements dans les rapports entre le père et ses enfants afin d'apporter une protection maximale à ces derniers surtout d'ordre financier (II).

⁵⁸¹ Article 369

⁵⁸² Voir le guide du code de la famille. marocain. Précité.

I- Les nouveaux rapports entre la mère et l'enfant

415. Le législateur a essayé grâce aux nouveaux textes de donner plus de place à la mère pendant le mariage ainsi qu'après sa dissolution. Il a apporté des innovations afin de renforcer sa position vis-à-vis des enfants en matière de représentation légale (A) ainsi que concernant la garde (B).

A- La mère et la représentation légale : tutrice d'exception

416. Le nouveau Code respecte toujours la tradition musulmane en matière de représentation légale. Ainsi la tutelle légale ne s'exerce pas conjointement par les deux parents mais seulement par le père⁵⁸³. La tutelle légale de l'enfant ne peut être qu'une tutelle paternelle exercée de plein droit par le père qui garde le droit de gérer les biens du mineur⁵⁸⁴ dans les mêmes conditions que son propre patrimoine⁵⁸⁵. Il a une obligation alimentaire envers ses enfants⁵⁸⁶.

417. Si la mère est qualifiée par le Code de tutrice légale, cette tutelle ne s'exerce que de manière supplétive, c'est-à-dire dans le cas où le père se trouve dans l'impossibilité d'exercer son devoir de représentant légal de l'enfant et que la mère le remplace.

418. Il s'agit donc d'une petite avancée vers l'égalité. Reste que le chemin est bien long vers une égalité parfaite entre le père et la mère en droit marocain. Il est même possible de constater que le législateur avait pour but essentiel de combler un vide juridique caractérisant l'ancienne moudawana. Celle-ci n'accordait en effet la tutelle

⁵⁸³ Article 238 alinéas 1ers.

⁵⁸⁴ Article 233

⁵⁸⁵ Article 235 alinéas 1ers. Voir, S. PAPI, *L'influence juridique islamique au Maghreb*, éd. L'Harmattan. P. 127

⁵⁸⁶ Article 199. C.F

à la mère qu'en cas de décès ou d'incapacité du père⁵⁸⁷, sans prendre en considération les autres situations comme l'absence du père ou sa maladie, entraînant l'incapacité de ce dernier à accomplir les actes nécessaires à la protection de sa famille. Le choix du tuteur relevait dans ces cas du juge. Le législateur, grâce à la réforme du 10 septembre 1993, a amorcé une évolution en plaçant la mère en deuxième position après le père. Certes, il pose des conditions strictes mais il s'agit là, malgré tout, d'un début de réponse à une problématique connue dans la société marocaine.

419. L'article 238 de l'actuel Code pose les conditions de la tutelle exercée par la mère. Outre la majorité de la mère, il exige la défaillance de la part du père, cette tutelle maternelle restant supplétive. La nouveauté s'exprime dans le champ d'application de cette disposition. En plus du décès et de l'incapacité du mari, tout motif empêchant ce dernier d'assumer la tutelle légale permettra à l'épouse d'accomplir les actes urgents dans l'intérêt de son enfant, même si le père est toujours vivant, mais simplement empêché. Cette innovation est très importante et permet d'apporter des solutions qui faciliteront la vie de la mère.

420. Le père garde malgré tout un pouvoir absolu sur la tutelle légale, il peut, par exemple, désigner par testament une autre personne que la mère comme tutrice testamentaire sur les enfants, sans l'accord de celle-ci⁵⁸⁸. Le Code, à travers son article 238 donne une réponse claire fidèle à la solution du droit musulman. En d'autres termes, tant que le tuteur testamentaire est désigné par le père de son vivant, la mère ne pourra exercer en toute la liberté sa tutelle et elle restera sous la surveillance et le contrôle du tuteur testamentaire. Ce dernier a le droit d'informer la justice dans le cas où il estime que la mère exerce mal son rôle et ainsi la priver de l'enfant.

Malgré les nouveautés apportées par le législateur, la mère reste dans une situation de subordination au père et au tuteur testamentaire désigné même sans son accord par son époux. Reste qu'il est convenable de rappeler que la mère, grâce à la nouvelle

⁵⁸⁷ Article 148, al.2

⁵⁸⁸ Article 237.C.F

disposition annoncée par l'article 238, a, elle aussi, le droit de désigner un tuteur testamentaire. Droit qu'elle n'avait pas sous l'ancienne moudawana⁵⁸⁹.

421. Une autre innovation permet désormais à la mère d'aliéner les propriétés du mineur. Sous l'ancien régime, il fallait qu'elle obtienne l'autorisation du juge, même si elle était tutrice légale de l'enfant mineur⁵⁹⁰. Cette disposition inégalitaire envers la mère est supprimée par le Code actuelle. L'article 239 marque également une ouverture au profit de la mère en la matière. Si cette dernière (comme toute autre personne) fait un don à un mineur, elle a le droit d'exiger d'exercer sa fonction de représentant légal afin de gérer au mieux le bien, objet du don.

422. Les reformes ont ainsi amélioré la situation de la mère tutrice légale mais elles étaient plus timide en ce qui concerne la garde

B- La mère et la garde

423. Si le législateur a instauré une égalité entre les garçons et les filles pour ce qui est de la durée de la garde ainsi que l'âge à partir duquel ils auront le choix du gardien (1), les innovations qu'il a introduites restent limitées. La garde est le privilège de la mère, mais les droits de la gardienne restent restreints (2).

1- Le maintien de la garde comme privilège pour la mère

424. Il est certain que le problème de la garde ne se pose généralement qu'après la cessation du lien conjugal pour cause de divorce ou de décès. Ce devoir imposé par l'article 164 illustre parfaitement le lien entre l'enfant et la mère qui ne possède ni autorité parentale, ni tutelle légale, droits réservés au seul père.

425. La solution choisie par le droit marocain reste fidèle au principe du droit musulman selon lequel la mère est la plus apte à protéger son enfant et donc à jouir

⁵⁸⁹ Article 148

⁵⁹⁰ Article 148, alinéa 2^{ème}.

du privilège exclusif de la garde⁵⁹¹. La différence qui caractérise le nouveau texte par rapport à l'ancien, a trait à l'existence d'une liste des personnes auxquelles cette garde était dévolue. Désormais à défaut de la mère, le père se place en deuxième position, puis la grand-mère maternelle achève la liste. Le juge décide de la personne à qui sera confié l'enfant à défaut de la grand-mère maternelle et en fonction de l'intérêt de l'enfant.

426. Pour ce qui est de la durée de la garde, un changement est également opéré, dans la mesure où une égalité est instaurée entre les filles et les garçons. Désormais la garde dure aussi bien pour le garçon que pour la fille jusqu'à dix-huit ans, l'âge de la majorité légale⁵⁹². L'alinéa 2 du même article offre la possibilité à l'enfant de choisir avec qui il veut demeurer dès l'âge de quinze ans. C'est la première fois que le législateur prend en considération la volonté de l'enfant. Ce concept était méconnu dans l'ancienne moudawana.

427. Le Code de la famille actuel a introduit la notion de l'intérêt de l'enfant, la prise en compte de sa volonté et a veillé à instaurer l'égalité entre garçons et filles. Le privilège de la garde accordée à la mère est instauré dans la perspective que l'enfant a un besoin vital de la présence maternelle pour sa protection et son équilibre. Ce privilège exclusif donné à la mère n'est cependant pas de plein droit.

2- Les limites du privilège de la garde accordée à la mère

428. Trois situations peuvent entraver l'exercice du droit de la garde par la mère, son mariage (a), le voyage avec l'enfant à l'étranger (b) et si la mère est non musulmane (c).

a- Le remariage de la mère, cause de déchéance du droit de garde

429. Le premier obstacle à la jouissance absolue du droit de garde par la mère est le remariage. Le législateur marocain a conservé la règle du droit musulman obligeant la mère à perdre la garde de son enfant en cas de remariage avec une personne qui

⁵⁹¹ Article 171 C.F

⁵⁹² Article 166

n'est pas parent de l'enfant au degré où le mariage est prohibé. Il reste que quelques amendements sont apparus pour rendre ce principe plus souple et abolir l'automatisme de la déchéance du droit de garde. Ainsi le remariage de la mère n'est plus une cause automatique de déchéance du droit de garde si l'enfant n'a pas atteint l'âge de 7 ans, s'il y va de son intérêt, s'il est atteint d'une maladie ou d'un handicap qui rendent sa garde difficile par une personne autre que sa mère, ou dans le cas d'un remariage avec un parent de l'enfant à un degré prohibitif du mariage⁵⁹³ ;

430. Une décision intéressante de la Cour suprême du 29 mars 2011 permet d'apprécier l'application de l'article 175 et la notion de l'intérêt de l'enfant⁵⁹⁴. Il s'agit d'une demande de déchéance du droit de garde intentée par un père contre la mère de son fils, au motif que son ex-épouse s'est mariée à un homme étranger n'ayant aucun rapport avec la famille de l'enfant. L'enfant avait atteint l'âge de 7 ans au moment de l'introduction de la demande du père. La Cour d'appel d'Assafi a rejeté l'action en déchéance du droit de garde intentée par le père au motif de l'attachement de l'enfant à sa mère dans une décision du 3 juin 2009. La mère avançait que le père l'ayant expulsée du domicile conjugal alors qu'elle était enceinte de cinq mois, elle a élevé l'enfant seule, le père n'ayant jamais eu aucun rapport avec l'enfant qui lui restait totalement inconnu. Il n'a cherché ni à subvenir à ses besoins, ni à entrer en contact avec lui. En prenant en considération ces faits, la Cour d'appel a estimé que l'intérêt de l'enfant exigeait que ce dernier reste sous la garde de la mère, que le confier à un père qu'il n'a jamais connu pourrait lui être préjudiciable, sachant qu'il menait une vie normale et avait de bons résultats scolaires⁵⁹⁵.

La Cour suprême a estimé que la garde de l'enfant par sa mère ne pouvait être maintenue au nom de l'intérêt de l'enfant, puisque la Cour n'avait pas pu comparer la vie de l'enfant chez son père et sa vie chez sa mère et que par conséquent la Cour ne pouvait avancer ce motif. Par ailleurs, la Cour d'appel n'a pas motivé sa décision au regard de l'un des cas d'absence de déchéance du droit de garde, limitativement énumérés par l'article 175 du Code de la famille. Par ses motifs, la Cour suprême casse l'arrêt de la Cour d'appel et décide de retirer la garde de l'enfant à sa mère en faveur du père.

⁵⁹³ Article 175

⁵⁹⁴ Cr. sup. 03 juin 2009, *Revue de la Jurisprudence de la Cour Suprême*, N°73 2011, p.141

⁵⁹⁵ Dans le texte de l'arrêt en arabe

La décision de la Cour suprême maintient donc la règle du droit musulman qui veut qu'un enfant ne puisse être soumis à l'éducation d'un homme étranger et qu'il doit rester sous la garde du père même si ce dernier lui est inconnu. Ainsi en application de l'article 175, la mère qui choisit de se remarier et de fonder une autre famille perd le privilège de la garde et le bouleversement que peut subir l'enfant en le séparant du seul parent qu'il a connu n'est pas pris en considération par les juges de la Cour suprême. Ils estiment que l'intérêt de l'enfant est de vivre avec un père inconnu plutôt qu'avec un homme étranger à la famille de l'enfant.

431. Si le Code de la famille a assoupli les conditions de perte du privilège de la garde octroyé à la mère, il a gardé la menace de la perte de cette garde dès que l'enfant atteint l'âge de 7 ans. Une mère ne peut reconstruire sa vie avec un autre homme sans le risque de perdre la garde de son enfant, même si le père l'a délaissée comme c'est le cas dans cette affaire. Cette décision de la Cour conforte l'idée que la situation des mères marocaines reste la même qu'avant la réforme. Elles sont toujours soumises à la volonté du père de leur retirer la garde ou de la leur laisser en cas d'un remariage⁵⁹⁶. La condition de l'âge de 7 ans que l'enfant doit atteindre a été instaurée parce que le législateur estime que l'enfant, avant cet âge, a besoin de sa mère, mais dès que cet âge est atteint, l'enfant peut être séparé d'elle pour revenir sous la coupe de l'éducation du père.

432. Le professeur Serhane soulève une autre difficulté intéressante, elle pose la question de l'application de la loi aux mères déchues de leur droit de garde sous l'ancienne moudawana et dont les enfants n'ont pas atteint l'âge de 7ans à l'entrée en vigueur du nouveau Code : « ont-elles le droit de retrouver leur droit de garde ? Dans l'affirmative, s'agit-il d'une rétroactivité de la nouvelle loi ? »⁵⁹⁷.

La réponse à la première question est une réponse positive trouvant son fondement dans la notion de primauté de l'intérêt de l'enfant. C'est l'article 179 du Code qui consacre ce principe en permettant de réviser l'attribution de la garde si l'intérêt de l'enfant l'exige. Les deux cas concernés par cet article sont justement celui de

⁵⁹⁶ *Supra* n° 410 et 417.

⁵⁹⁷ F. SERHANE, *Gaz. du pal.*, article précité.

l'enfant âgé de moins de 7 ans et celui de l'enfant handicapé. Ces deux situations permettent à la mère de retrouver la garde dans le cadre de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant. Il s'ensuit par conséquent que « la réponse est négative pour la deuxième question. Il ne s'agit pas d'une application rétroactive de la nouvelle loi, car c'est sur le fondement de cette loi que la demande peut être introduite »⁵⁹⁸.

433. Il faut enfin noter que la déchéance du droit de garde n'est plus automatique. L'article 176 précise que l'intéressé, à qui en principe est dévolu la garde par ordre de priorité après la mère, devra intenter une action en justice dans la nuit qui suit la consommation du mariage de la mère, à défaut cette personne sera déchue de son droit de garde sauf motifs impérieux.

434. Les limites de l'exercice de la garde ne se limitent pas aux remariages mais surgissent dès que le père estime que la mère éloignera l'enfant de lui comme le cas du voyage.

b- Interdiction à la mère gardienne de voyager avec l'enfant à l'étranger

435. Le deuxième problème qui peut porter atteinte à l'exercice libre du droit de garde par la mère se trouve à l'article 179. Le tribunal, soit à la demande du ministère public, soit à celle du tuteur légal, peut interdire que l'enfant soit emmené en voyage à l'étranger sans l'accord de son tuteur légal. Cette disposition est une autre traduction de l'inégalité maintenue entre le père et la mère. Cette dernière, gardienne de l'enfant, se voit soumise à la demande de l'autorisation du père qui dans la majorité des cas est le tuteur légal de l'enfant pour voyager avec ses enfants.

436. Cette nouvelle règle vient renverser l'ordre des choses. L'interdiction de voyager peut devenir la règle et l'autorisation, l'exception. Auparavant, la mère gardienne pouvait voyager, surtout pour les vacances, avec ses enfants dès lors qu'ils étaient portés sur son passeport. En effet, l'autorisation de faire inscrire les enfants sur le passeport de leur mère était considérée comme une autorisation implicite de voyager avec les enfants. Le père qui voulait s'opposer au voyage de ses enfants à

⁵⁹⁸ F. SERHANE, *Gaz. du pal.*, article précité.

l'étranger devait saisir le juge à cet effet. Actuellement, si le tuteur légal ou le ministère public exige, au moment de l'attribution de la garde, de faire interdiction à la mère de voyager avec les enfants à l'étranger, le ministère public se charge de notifier la décision d'interdiction aux autorités compétentes qui doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de l'ordre du tribunal.

437. La seule possibilité qui reste à la gardienne, dans le cas où le père refuse l'autorisation de voyager avec les enfants à l'étranger, est de saisir le juge des référés. Mais le juge n'accorde l'autorisation qu'une fois assuré du retour de l'enfant au Maroc⁵⁹⁹.

438. Pour ce qui est du changement de résidence de la mère. Le législateur a, malgré ces restrictions, donné une solution au problème du changement de résidence par la mère gardienne de l'enfant à l'intérieur du territoire marocain. L'article 178 a rétabli l'équité à l'égard de la mère qui conserve désormais la garde, sauf si le juge estime que ce déménagement s'oppose à l'intérêt de l'enfant si la distance le séparant de son représentant légal est trop importante.

439. Les limites au privilège de la garde maintiennent la mère dans une position de soumission au véritable responsable de l'enfant qui exerce seul l'autorité parentale, le père. Sauf que la situation de la mère peut être plus conflictuelle si cette dernière est surplur non musulmane

c- Le cas de la mère non musulmane

440. Le cas de la mère non musulmane est très conflictuel et ajoute à l'inégalité entre le père et la mère, une inégalité fondée sur la religion. L'ancienne moudawana était très soucieuse que l'enfant soit élevé dans la tradition musulmane, quitte à le priver de sa mère non musulmane qui risquait de l'éduquer selon sa religion et non dans celle de son père. La question est de savoir si le Code a apporté une modification par rapport à l'ancienne moudawana. Si le législateur s'est abstenu d'imposer la condition d'élever l'enfant dans la religion de son père à la gardienne, il n'a pas

⁵⁹⁹ Article 179

éclairci la situation et a rendu la solution incertaine. Son silence est-il une autorisation implicite pour la mère non musulmane d'exercer son droit de garde comme la mère musulmane ? La réponse se trouvera dans la jurisprudence. La seule certitude c'est que la mère non musulmane doit appliquer à son enfant une éducation religieuse selon les rites de l'Islam, ce qui est paradoxal puisqu'elle n'est pas convertie à cette religion.

Le Code de la famille a amélioré la situation de la mère pour lui permettre d'avoir de meilleurs rapports avec l'enfant mais aussi avec le père. Ce dernier est aussi sujet de réformes en ce qui concerne ses rapports avec les enfants et cela tourne autour de l'intérêt de ces derniers.

II- Les nouveaux rapports entre le père et les enfants

441. Comme nous l'avons signalé antérieurement, le père garde ses privilèges et sa puissance paternelle sur ses enfants. Quelques modifications sont toutefois à noter. La plus importante est celle concernant l'obligation d'assurer à l'enfant un logement décent. Ce devoir ne fait plus partie de la procédure de la pension alimentaire et devient une obligation distincte. Le législateur instaure donc un nouveau rapport qui s'oriente encore une fois vers plus de protection de l'enfant notamment en cas de séparation.

442. Les rapports du père envers l'enfant restent inchangés en ce qui concerne l'obligation d'entretien (A) sauf pour ce qui traite de l'obligation d'assurer un logement décent pour l'enfant (B).

A- L'entretien de l'enfant

443. Toute personne doit subvenir à ses besoins avec ses propres ressources. Seul le mariage, la parenté⁶⁰⁰ et l'engagement⁶⁰¹ ouvrent droit à une obligation alimentaire⁶⁰². Les créanciers prioritaires sont listés par l'article 193 du Code. C'est en premier lieu, l'épouse, puis les enfants, garçon et fille, sachant que la priorité est donnée aux filles avant les fils, la mère vient ensuite ainsi que le père.

444. L'entretien de l'enfant, quant à lui, reste dû au père. Il consiste en « l'alimentation, l'habillement, les soins médicaux, l'instruction des enfants et tout ce qui est réputé nécessaire selon l'usage et la coutume »⁶⁰³. Si le père est dans l'incapacité d'assurer cette obligation, une partie de la prise en charge peut être assurée par la mère si cette dernière en a les moyens. C'est ce que la Cour suprême a décidé dans un arrêt du 25 juillet 2007 en faisant droit à la demande d'expertise déposée par le conjoint astreint au paiement de la pension afin d'établir la situation financière de l'épouse afin de permettre qu'une partie de la pension alimentaire soit prise en charge par cette dernière⁶⁰⁴.

445. La nouveauté essentielle introduite dans le nouveau Code a trait à la protection de l'enfant afin d'établir un cadre plus sécurisé. La pension alimentaire est désormais obligatoire et due à l'enfant jusqu'à l'âge de la majorité et jusqu'à vingt-cinq ans pour ceux qui poursuivent des études⁶⁰⁵. Il y a une prolongation de la durée de la pension alimentaire par rapport à l'ancien texte qui n'accordait une pension au garçon que jusqu'à l'âge de puberté et s'il poursuivait des études, jusqu'à l'âge de vingt et un ans. La raison de la distinction entre le garçon et la fille réside dans le fait que cette dernière, sous l'ancien et le nouveau texte, bénéficie de la pension alimentaire même après ses vingt-cinq ans si elle ne dispose pas de ressources propres et si elle n'est pas mariée. Pour l'enfant handicapé, le droit à la pension alimentaire n'a pas de limite d'âge comme le rappelle la Cour suprême dans son arrêt du 10 juin

⁶⁰⁰ L'article 197 dispose : « La pension alimentaire dû aux parents est assurée par l'enfant à leur père et mère et la mère à leurs enfants, conformément aux dispositions du code ».

⁶⁰¹ L'article 205 dispose : « Celui qui s'est obligé envers un tiers, mineur ou majeur, à lui verser une pension alimentaire pour une durée déterminée, doit exécuter son engagement. Si la durée est indéterminée, le tribunal la fixe en se fendant sur l'usage ».

⁶⁰² Article 187. C.F.

⁶⁰³ Article 189

⁶⁰⁴ Cr. sup. 25 juillet 2007, A. CHOUKRI, op. cit., p.224.

⁶⁰⁵ Article 198

2009⁶⁰⁶. Elle avance que l'enfant handicapé a droit à la pension alimentaire et à l'indemnité de logement même après la date de la majorité. Il peut agir judiciairement à l'encontre de son tuteur sans qu'il soit besoin de requérir l'autorisation de ce dernier.

446. L'innovation ne s'est pas arrêtée là et elle touche également la méthode de l'évaluation de la pension alimentaire. Toujours dans le souci d'offrir plus de protection à l'enfant après un divorce, le juge, comme le dispose l'article 85 doit tenir compte des conditions de vie et de la situation scolaire des enfants avant le divorce pour déterminer le montant de la pension alimentaire. Il peut se fonder sur la déclaration des époux, mais le plus efficace sera le recours à des experts à cette fin. Cette innovation vient remplacer les dispositions de l'article 119 de l'ancienne moudawana, où il était prévu de procurer une protection minimale à l'épouse et aux enfants en se basant sur le revenu du mari. Le législateur a compris que la pratique selon l'ancien texte ne pouvait satisfaire une véritable protection de la femme ainsi que des enfants puisqu'au Maroc, le revenu du mari n'est pas un indice suffisant de l'état financier réel de ce dernier. Même en ce qui concerne la procédure, le texte actuel a apporté une modification du délai du traitement qui ne doit plus dépasser un mois pour les affaires de la pension alimentaire⁶⁰⁷. Actuellement, grâce à ces nouvelles dispositions, les enfants ont plus de garanties d'avoir une vie décente même après un divorce. Avant, beaucoup de femmes sans revenu n'osaient pas se séparer de leur mari par peur de priver leurs enfants du niveau de vie auquel ils étaient habitués. Ces dispositions ont libéré des épouses, malheureuses dans leur vie de couple, qui se sacrifiaient dans l'intérêt de leurs enfants. Parmi les peurs qui hantaient les mères, il y a la peur de se retrouver sans ressource et aussi sans toit.

B- L'obligation de garantir un logement décent, distincte de celle de la pension alimentaire

Le père se trouve dans l'obligation de garantir à ses enfants un logement décent. Cette garantie est distincte de celle de la pension alimentaire⁶⁰⁸. Cette protection n'existait pas sous le régime de l'ancien texte puisque la garantie du logement faisait partie de

⁶⁰⁶ Cr. sup. 10 juin 2009, Gazette des Tribunaux du Maroc, N°128-129.

⁶⁰⁷ Article 119.C.F

⁶⁰⁸ Article 168

la pension alimentaire. Grâce à cette innovation, il est interdit au père d'expulser l'enfant soumis à la garde du domicile conjugal tant qu'il n'a pas exécuté le jugement relatif au logement⁶⁰⁹. Cette protection touche aussi l'épouse qui est généralement dévolutive de la garde, elle peut se maintenir dans le foyer conjugal avec son enfant tant que le père ne leur a pas procuré un logement adéquat.

447. C'est au père qu'il revient de prendre en charge le logement et pour sauvegarder les droits de l'enfant, aucune limite d'âge ou autres conditions n'a été fixé à l'article 168 du code la famille. C'est ce qu'a décidé la Cour suprême dans son arrêt du 7 décembre 2005⁶¹⁰. Elle rappelle que même si l'enfant est sous la garde de sa mère, il a toujours droit à un logement fourni par le père et sans aucune condition concernant l'âge de l'enfant.

448. Cet acquis majeur pour la mère et l'enfant est une réponse à des situations regrettables et souvent nombreuses au Maroc, où le mari expulsait femme et enfants dès qu'il répudiait l'épouse sans se soucier de leur avenir.

449. Les droits et obligations qui lient le père aux enfants n'existent que dans le cadre de la filiation légitime. Dès que le père se trouve face à un enfant illégitime, il disparaît. L'enfant illégitime ne peut rien exiger de son père présumé et il n'a aucune possibilité de lui imposer quoi que ce soit puisque le Maroc prohibe toute action de reconnaissance de paternité. Reste la filiation adoptive qui s'exprime par la kafala mais cette dernière ne produit pas les mêmes effets que la filiation légitime. Ainsi, il est intéressant de comprendre ces deux filiations et leurs effets

Paragraphe III: La filiation illégitime et adoptive

450. Les filiations illégitimes et adoptives constituent deux situations distinctes mais indissociables. L'enfant illégitime peut être pris en charge par sa mère ou une

⁶⁰⁹ Article 168 : « ...l'enfant soumis à la garde ne peut être astreint à quitter le domicile conjugal qu'après exécution par le père du jugement relatif à son logement... »

⁶¹⁰ Cr. sup. 7décembre 2005, A. CHOUKRI, op.cit., p.117.

maison d'accueil, comme il peut être pris en charge dans le cadre de la kafala et donc bénéficier des règles spécifiques à chaque situation. Mais pour mieux comprendre la situation de ces enfants, il faut comprendre ce que la filiation illégitime en droit marocain (I) pour mieux étudier l'institution de la kafala (II).

I- La filiation illégitime au Maroc

451. La filiation illégitime existe bel et bien au Maroc, il fallait que le droit marocain la définisse (A) avant de préciser le statut juridique de l'enfant issu de cette filiation (B).

A- Définition

452. L'enfant illégitime est l'enfant naturel, né hors mariage. Cet enfant est considéré, dans la société marocaine, comme le fruit de relations illégales. Sa naissance est perçue comme un drame familial et social n'ouvrant que des possibilités de précarité et de misère puisque sa protection juridique est très faible et la réforme du Code de la famille n'a apporté que quelques innovations qui ne donnent pas entière satisfaction. Les enfants illégitimes ne peuvent se prévaloir des mêmes droits que les autres dans une société qui repose exclusivement sur l'institution du mariage et sur les rapports de filiation légitime.

453. Le statut juridique de l'enfant illégitime tel que prévu par le Code de la famille est d'une injustice qui s'explique par la crainte non seulement du législateur, mais aussi de la société de permettre et d'encourager la procréation d'enfants hors mariage. Il est évident que cela ne peut être que condamnable puisque la réalité sociale, que le législateur, les politiques ou même la société, le veuillent ou non, exige des prises de décisions rapides afin de donner à ces enfants un statut juridique égal à celui des enfants légitimes.

454. Les enfants abandonnés sont de plus en plus nombreux et les chiffres sont effrayants. Selon l'ancienne ministre du développement social et de la famille marocaine Nezha Skalli « entre 2003 et 2010, cinq cent mille enfants sont nés de

mères célibataires. La législation actuelle ne permet même pas à une femme victime d'inceste d'avorter. Idem pour les cas de femmes violées »⁶¹¹. Rien qu'en 2008, le nombre de bébés abandonnés à la naissance constituaient 2% du total des naissances⁶¹², sachant que ces estimations ne peuvent être qu'approximatives puisqu'il est impossible aujourd'hui de donner des chiffres précis, tant que les abandons se produisent dans la clandestinité. Cinq femmes sur quatre qui abandonnent leurs enfants sont célibataires, 80% de ces abandons se font dans des hôpitaux ou des cliniques. Un enfant abandonné sur cinq est délaissé sur la voie publique⁶¹³. C'est ainsi que la mère célibataire, victime de viol, d'abus, d'escroquerie, de la trahison d'un fiancé, fragilisée et rejetée par sa propre famille et la société, se trouve le plus souvent devant un dilemme délicat. Soit elle demande à l'homme de l'épouser (même si ce dernier est son violeur, ce qui est inconcevable mais malheureusement réel dans la société marocaine), soit elle se fait avorter⁶¹⁴, soit elle ira accoucher anonymement loin de chez elle, là où personne ne pourra la reconnaître car le poids du jugement social ne permet pas à cette mère de garder son enfant, surtout qu'il s'agit le plus souvent de mère en situation précaire, indigente et analphabète.

B- Le statut juridique de l'enfant illégitime

455. Le législateur marocain a introduit des innovations à la situation juridique des enfants illégitimes afin de leur éviter de payer le prix des "erreurs" de leurs parents. Ceci étant, la reconnaissance à la fois religieuse et positiviste de la filiation légitime uniquement ne signifie nullement que l'enfant vivra sans identité comme ce qui était le cas avant le Code de la famille de 2004. Reste que le législateur a voulu apporter une réponse au bouleversement socioculturel, économique et politique sans pour

⁶¹¹ Déclaration de la ministre au journal le Monde, article au titre: La législation sur l'avortement n'est plus tabou au Maroc publié le 14/10/2011

⁶¹² Selon une étude conjointe de la Ligue marocaine pour la protection de l'enfance et de l'UNICEF incluant que les enfants officiellement recensés. "Au fait" n°818, page 6, du 27/09/10.

⁶¹³ Statistiques récoltées auprès de certaines maternités de la ville de Rabat. Note R. N. EL MEKKAoui, Les enfants socialement inadaptés: leurs problèmes et leurs droits, 2ème éd. 1999 ISESCO

⁶¹⁴ Il faut savoir que l'avortement est pénalement sanctionné au Maroc, L'article 449 du code pénal unifié marocain prévoit des peines de prison de six mois à deux ans contre "l'avorteur et l'avortée ainsi que les personnes intermédiaires, sauf quand il s'agit de préserver la santé ou la vie de la mère". Même si elle est tolérée, l'opération reste très chère pour les jeunes mères célibataires qui se retrouvent dans la majorité des cas sans revenus, ni moyens financiers, ni soutien de la famille. et n'ayant aucune couverture sociale.

autant s'éloigner des préceptes du droit musulman dont la position est stricte envers la filiation illégitime. Ainsi, avec toutes les mutations qu'a connues la société marocaine, il était urgent d'opérer des réformes

1- La situation de l'enfant illégitime par rapport aux parents

456. La situation de l'enfant illégitime ne s'analyse pas de la même manière selon qu'il s'agit de la mère ou le père. Envers la mère, puisqu'elle porte l'enfant dans sa matrice, son lien ne peut être considéré que légitime, entraînant les mêmes effets et résultats que la filiation légitime. L'enfant naturel sera rattaché à sa mère dont il prendra le nom patronymique comme prévu par l'article 146 qui dispose que « la filiation qui résulte d'une relation légitime ou illégitime est la même par rapport à la mère, en ce qui concerne les effets qu'elle produit ». Par conséquent, l'enfant illégitime par rapport à sa mère est tout comme l'enfant légitime, que la filiation résulte d'un mariage valable, vicié ou d'une relation illégitime.

457. La situation est différente concernant le père. Le Code de la famille à travers son article 148 dispose que la filiation illégitime ne rattache pas l'enfant à son père et ne produit aucun des effets qui découlent normalement de la filiation légitime. C'est-à-dire que l'enfant né hors les liens du mariage ne peut rien réclamer à son père biologique, ni se présenter à sa succession. Les autres effets de la filiation sont également exclus en l'occurrence: les empêchements au mariage, et les droits et devoirs réciproques qu'ils soient personnels ou patrimoniaux, entre le père et l'enfant.

Ainsi le législateur a exonéré le père de toute responsabilité envers l'enfant illégitime, il a annulé tout lien qui peut exister entre le père et l'enfant et ne prévoit aucune sanction contre l'abandon de ce dernier par son géniteur.

2- Le renforcement de la filiation par des mesures pénales

458. Le droit à l'identité fait partie des droits fondamentaux protégés par le droit pénal marocain, ainsi l'abandon d'un enfant met en péril non seulement son identité mais aussi sa vie, sa santé et son avenir. Si l'abandon de l'enfant par le père est souvent condamné et dénoncé socialement, juridiquement, le législateur est resté muet.

459. Le Code de la famille ne responsabilise en aucun cas le père qui abandonne l'enfant illégitime et ne prévoit aucun moyen de le contraindre à le reconnaître et le prendre en charge. Pour ce qui est du Code pénal, il ne dispose d'aucune sanction contre les mâles irresponsables qui prolifèrent leurs semences sans le moindre remords ni appréhension. La mère, quant à elle, qu'elle soit mariée ou non, assume toute responsabilité envers son enfant, même illégitime, comme si elle lui a donné la vie toute seule. Si elle l'abandonne, elle peut se voir poursuivie du chef de délaissement des enfants et des incapables comme en disposent les articles 459 à 467 du Code pénal unifié⁶¹⁵.

460. Le changement de l'identité de l'enfant est un acte qui s'inscrit, en fait dans les crimes et délits tendant à empêcher l'identification de l'enfant, réprimés dans les articles 468 à 470 du Code pénal. Il s'ensuit que la personne, c'est-à-dire la mère, qui abandonne un enfant pour se débarrasser de sa filiation, commet, outre l'infraction de délaissement, le délit de changement de son identité encadré et réprimé par l'article 470⁶¹⁶. De même, toute autre personne qui assiste, ne réagit pas ou participe à ce changement, est considérée complice et encourt les mêmes sanctions. D'autant plus qu'en cas de découverte d'un enfant abandonné, il suffit de ne pas faire les déclarations nécessaires aux autorités compétentes pour se voir poursuivi⁶¹⁷.

Les mesures qui concernent le changement de l'identité de l'enfant sont précises et strictes alors que l'acte initial de l'abandon de l'enfant par son père biologique,

⁶¹⁵ Article 459: « Quiconque expose ou fait exposer, délaisse ou fait délaisser, en un lieu solitaire, un enfant ou un incapable, hors d'état de se protéger lui-même à raison de son état physique ou mental, est, pour ce seul fait, puni de l'emprisonnement d'un à trois ans ». Puis, « la sanction est aggravée en fonction de la qualité de l'auteur et son lien avec la victime et du infligée à celle-ci ».

⁶¹⁶Article 479: « Ceux qui sciemment dans des conditions de nature à rendre impossible son identification, déplacent un enfant, le recèle, le font disparaître, ou lui substitue un autre enfant, ou le présente matériellement comme né d'une femme qui n'est pas accouchée, sont punis de l'emprisonnement de 2 à 5 ans ».

⁶¹⁷Article 469: « Quiconque ayant trouve un enfant nouveau-né n'en fait pas la déclaration, soit à l'officier de l'état civil, soit à l'autorité locale est puni de l'emprisonnement d'un à deux mois et d'une amande de 200 DH ou l'une de ces deux peines seulement ».

Article 3 de la loi sur la kafala: « Toutes personne qui découvre un enfant abandonné doit lui apporter l'assistance que nécessite son état et en informer immédiatement les services de police ou de gendarmerie ou les autorités locales du lieu où l'enfant a été trouvé ».

Article 31 de la même loi: « Toutes personne qui s'abstient volontairement d'apporter à un nouveau-né abandonné l'assistance ou les soins qui nécessite son état ou d'informer les services de police, de gendarmerie ou les autorités locales de l'endroit où il a été trouvé, est passible de sanctions prévues par le Code pénal ».

responsable de ce drame ne trouve aucune disposition dans les codes, que ce soit le code pénal ou celui de la famille. Aucune procédure corrective n'est prévue afin de mettre en œuvre les mesures nécessaires pour contraindre les parents biologiques et essentiellement le père à assumer leurs responsabilités vis-à-vis de l'enfant, bien que la science soit, actuellement, à même de définir avec certitude les liens génétiques entre l'enfant et ses ascendants. Cette situation, qui ne peut être qualifiée que de catastrophique, nous amène à poser la question sur le sort de ces enfants illégitimes abandonnés.

3- Enfants naturels sans famille : enfants de l'État

461. Les enfants abandonnés et sans famille doivent être confiés à des institutions étatiques spécialisées en attendant qu'ils soient pris en charge par des familles ou des associations d'utilité publique. Ils ont un statut spécifique et sont considérés comme "les pupilles de l'État". Ce principe puise sa source dans le droit musulman qui met les enfants abandonnés sous la tutelle de l'État et de ses institutions qui ont la compétence de remettre ces enfants à des familles de substitution.

L'État devrait ainsi garantir la totalité des droits de l'enfant et lui assurer une famille de substitution. Ainsi le gouvernement marocain est obligé de combler les besoins en créant les structures nécessaires, les établissements d'accueil et de leur fournir la logistique, les vivres, les moyens de survie et d'entretien nécessaire, l'éducation et l'enseignement.

En réalité, l'État fait son possible pour assurer ces obligations envers ses "pupilles", mais il faut constater que la situation n'est pas toujours simple et les établissements prévus pour ces enfants ne réussissent pas à toujours garantir la totalité de leur besoins. De plus, les places ne sont pas toujours suffisantes⁶¹⁸. La société civile joue un rôle très important à travers plusieurs associations afin de créer un environnement respectable pour ces enfants mais la solution la plus adéquate pour les sauver reste

⁶¹⁸ V. H. AÏT MANSOUR, Études sur la situation des enfants abandonnés: Les enfants en institutions au Maroc, UNICEF, février 2006.

les familles de substitution qui s'occupent des enfants à travers l'institution de la kafala.

II - La kafala selon la législation marocaine

462. Le phénomène des enfants illégitimes et abandonnés a été depuis longtemps passé sous silence tant au niveau familial qu'institutionnel. Il relève, en fait, des tabous. L'adoption reste une solution pour ces enfants afin de trouver un foyer et une famille qui prendra soin d'eux. Cette institution est cependant l'objet de bien des confusions entre ce qu'elle représente dans la mémoire publique et la proposition du droit musulman. Pendant des siècles et jusqu'à nos jours des adoptions s'effectuent dans la clandestinité totale et ceci de manière à faire perdre à l'adopté le droit de connaître ses véritables origines et de récupérer son identité effective, le cas échéant.

463. Une distinction doit être établie entre l'adoption plénière et celle du droit musulman, puis la lumière doit être portée sur la kafala qui reste la seule forme de prise en charge d'enfant par une famille de substitution (A) pour connaître de ses effets sur l'enfant (B) ainsi que sa cessation (C) et son contrôle (D).

A- Adoption et kafala

464. En premier lieu il faut comprendre que l'adoption plénière est interdite par le droit musulman (1), ce dernier a prévu un autre modèle de prise en charge d'enfants abandonnés, orphelins ou mis sous une autre tutelle que celle de ses parents (2).

1- L'adoption en droit musulman

465. L'adoption simple ou plénière telle qu'elle est connue en droit français crée une filiation adoptive entre l'enfant et ses parents adoptifs. Cette filiation repose sur la présomption d'une réalité non biologique mais plutôt affective. Ainsi elle crée un rapport de paternité entre le père, la mère et l'enfant. Cette filiation consacrée par une décision judiciaire établit une parenté analogue à celle qui découle de la filiation légitime.

466. Le droit marocain est resté fidèle aux préceptes du droit musulman. La moudawana du 18 décembre 1957 dans son IIIème livre portant sur la filiation et ses effets dispose à travers de l'article 83 alinéa 3 que « l'adoption n'a aucune valeur juridique et n'entraîne aucun des effets de la filiation ». La réforme du Code de la famille est restée fidèle à ce principe et a repris le même texte dans son article 149.

Le droit marocain a suivi à la lettre les règles de l'Islam et a privé l'adoption de tous ses effets. Ainsi elle n'entraîne pas de filiation, ni d'empêchement à mariage, ni de vocation successorale systématique et totale. L'adoption n'est pas interdite mais elle n'a aucun effet, afin de préserver l'identité de l'enfant adopté et pour ne pas mettre en cause les droits des héritiers.

467. Le fondement religieux de cette règle vient du verset coranique qui dispose « Il (Dieu) n'a point fait de vos enfants adoptifs vos propres enfants. Ce sont des propos (qui sortent) de vos bouches. Mais Allah dit la vérité et c'est lui qui met (l'homme) dans la bonne direction. Appelez-les des noms de leurs pères: c'est plus équitable devant Allah. Mais si vous ne connaissez par leurs, pères, alors considérez-les comme vos frères en religion ou vos alliés »⁶¹⁹. Depuis le fils adoptif ne porte plus le nom de l'adoptant, il ne peut, non plus, se présenter à sa succession et il n'existe pas de prohibition en mariage entre l'adopté et sa famille adoptive.

468. Ainsi l'adoption n'est pas assimilée à la filiation au regard du droit musulman mais toutefois, elle produit des effets, tels que la prise en charge totale de l'enfant et l'héritage limité par le biais du testament. Ce sont des effets qui entraînent la confusion de la descendance et mette en cause le droit des héritiers qui sont évincés.

Le droit marocain a appliqué ce principe à la lettre et a puisé dans les solutions proposées par le droit musulman pour instaurer plusieurs institutions alternatives à l'adoption plénière. Ainsi il existe trois formes d'adoptions très spécifiques au droit musulman, à savoir: l'allaitement, le tanzile et la kafala.

⁶¹⁹ Coran, Sourate Al Ahzabe, versets 4/5.

469. L'allaitement crée une relation entre l'enfant et une mère qui l'allait comme s'il était le sien afin de créer un lien de fraternité entre lui et ses enfants biologiques. Ainsi l'allaitement est un moyen par lequel il est possible d'intégrer un enfant à une famille de substitution qui est sa « famille par allaitement ». Ainsi la relation de l'enfant avec cette famille s'apparente à celle qu'il peut avoir avec sa vraie famille biologique et les empêchements au mariage nés de cet allaitement deviennent les mêmes que ceux nés du lien de parenté.

470. Certes, dans la coutume marocaine, cette pratique ne s'applique pas seulement aux enfants abandonnés ou orphelins, plusieurs mères se partageaient l'allaitement de leurs enfants pour créer des fraternités par le lait entre eux. Reste que c'est une pratique qui servait aussi à prendre en charge un enfant sans famille, par ce procédé, un lien fort se créait entre lui et la famille d'allaitement en entraînant des effets sur la parenté et la prise en charge de l'enfant.

471. L'allaitement ne se réalise pas par l'intervention des institutions de l'Etat. Ces effets sont conditionnés par le Code de la famille tant qu'ils créent un empêchement au mariage entre l'allaité et les autres membres de la famille, mais il reste une pratique qui n'est guère encadrée juridiquement. Il n'est pas possible par exemple de parler d'autorité parentale entre l'allaité et ses parents de substitution. C'est plus une pratique qui s'ajoute aux autres formes d'adoption pour renforcer les liens entre l'enfant et sa famille adoptive.

472. Le tanzile, est plus encadré que l'allaitement. Il a fait objet de plusieurs jurisprudences non seulement du rite malékite mais de toutes les doctrines islamiques⁶²⁰ qui grâce à ce procédé, placent l'enfant adopté au même rang que les enfants de l'adoptant en lui reconnaissant les droits de légataire.

473. Le Code de la famille reprend la même définition en disposant que le tanzile est « le fait de rattacher une personne ni héritière aux héritiers et à la faire hériter comme ses enfants »⁶²¹. Le tanzile s'établit par un acte. Si dans ce dernier, le rang du bénéficiaire n'est pas précisé, celui-ci est rangé parmi les héritiers masculins ou

⁶²⁰ V. R. N. EL MEKKAOUI , op. cit., p. 272

⁶²¹ Article 315 du Code marocain de la famille.

féminins, selon qu'il appartienne à l'un ou l'autre sexe⁶²². Lorsqu'il existe plusieurs héritiers substitués de sexe différent et que le testateur a exprimé sa volonté de leur attribuer la part que le père aurait recueillie s'il était vivant, soit de les substituer à ce dernier, le partage est effectué entre les bénéficiaires de telle sorte que l'homme reçoive la part double de la femme⁶²³.

Mais le tanzile, ne donne pas systématiquement à l'enfant adopté vocation successorale. Il faut comprendre que l'adopté n'est pas considéré comme un héritier qui a le droit de recueillir la totalité de l'héritage lorsqu'il est unique, il est plutôt bénéficiaire d'un testament et il recueillera, en qualité de légataire, les biens qui devraient être dévolus à l'enfant légitime du *de cuius*, dans la limite du tiers autorisé⁶²⁴.

Cette institution place l'adopté au rang des enfants de l'adoptant, c'est une pratique qui assure l'intégration de l'enfant dans sa famille sans, toutefois, établir des liens de filiation.

Le tanzile suit les règles consacrées aux legs. Le Code de la famille a pris le soin d'indiquer les procédés du tanzile. Ainsi « il y a institution d'héritier lorsque le testament stipule que « telle personne héritera avec mon fils ou les enfants » ou bien « faites-la inclure parmi mes héritiers » ou bien « faites-la hériter de mes biens » ou bien dans le cas où le testateur aurait un petit-fils, descendant d'un fils décédé ou d'une fille décédée: « faites-le hériter avec mes enfants » Cette institution est considérée comme un legs. Elle est régie par les mêmes règles abstraction faite des règles de la préférence »⁶²⁵.

Le tanzile et l'allaitement sont plus des procédés servant à renforcer les liens entre l'enfant et sa famille de substitution, la kafala quant à elle, est une institution qui

⁶²² Article 318

⁶²³ Article 319. Règle légale de succession en droit musulman, C.F., livre VI sur la succession.

⁶²⁴ Lors de la création d'un testament qui a pour but d'attribuer des biens à un bénéficiaire, en droit musulman, ce legs testamentaire ne doit en aucun cas dépasser le tiers de ces biens. Cette règle est établie afin d'éviter de léser les héritiers

⁶²⁵ Article 316

établit un lien juridique entre l'enfant et les parents adoptifs. C'est la forme la plus proche de l'adoption telle qu'elle est connue dans le droit occidental.

2- La kafala

474. Étymologiquement, le terme kafala est un équivalent des verbes avaliser, cautionner, garantir, et parrainer. Dans la terminologie juridique islamique et, spécialement en matière familiale, le terme kafala est utilisé dans le sens de parrainer et prendre en charge. C'est une protection de remplacement.

475. La kafala consiste en un acte humanitaire se souciant du devenir des enfants sans famille. Elle garantit en effet à l'enfant le droit à la famille de substitution et répond à l'un de ses besoins fondamentaux. Elle s'inscrit dans le cadre de mesures de protection de l'enfance, que la prise en charge soit assurée par une personne, une famille ou une institution étatique ou non gouvernementale.

476. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, la kafala n'est pas une institution instaurée par l'Islam. Elle existait bien avant puisque le Coran traite de la kafala dont a bénéficié Moïse, prophète des israélites et dont jouit la sainte Marie, mère de Jésus⁶²⁶. Le droit musulman lui a simplement donné un cadre juridique qui a été repris et élaboré par les Codes de la famille des pays musulmans à l'instar du code marocain. Il s'agit d'une institution à part entière prise en considération non seulement par les pays musulmans, mais aussi par les dispositifs internationaux (a). Cette institution est soumise à des règles tant dans sa formation et que dans son fonctionnement (b).

a- La kafala dans le dispositif national et international

477. La kafala, prise en charge ou recueil légal est un concept juridique intrinsèquement lié au droit musulman. Elle a néanmoins été consacrée par la

⁶²⁶ V. Sourate Taha, verset 40; Sourate Al Qassas, verset 12, Sourate Al Imran, verset 37 et 44.

communauté internationale à travers la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relatives aux droits des enfants. Celle-ci la reconnaît dans son article 20, comme un moyen de protection, à côté de l'adoption, du placement dans une famille ou, en cas de nécessité, le placement dans une institution d'accueil des enfants abandonnés. Dans tous les cas, il revient aux États de s'assurer du respect de l'intérêt suprême de l'enfant⁶²⁷

478. À cet effet, la Convention de 1989 précise que « tout enfant privé de son milieu familial a droit à la protection de l'État ». Mais elle admet que chaque État peut adopter une protection conforme à sa législation nationale et qu'il doit être tenu compte de la « nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant », ainsi que de son « origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ». Cette position épouse celle prise par le droit musulman, ainsi que par l'esprit de la kafala telle qu'elle est instaurée par le droit marocain.

479. La Convention de la Haye du 29 mai 1993 relative à la protection des enfants et à la coopération en matière d'adoption internationale ne s'exprime pas expressément sur la kafala. Elle reconnaît pourtant implicitement l'institution puisqu'elle se réfère au droit interne de chaque pays et à la Convention de 1989.

480. Animé par les mêmes valeurs de solidarité et soucieux de la montée du phénomène d'abandon des enfants, à l'occasion de la célébration de l'Année internationale de l'enfant⁶²⁸, le Maroc a adopté une loi relative aux enfants abandonnés, promulguée le 10 septembre 1993 par le Dahir n°1-93-165 afin de définir de manière extensive la notion de l'enfant abandonné. La procédure de la kafala est régie actuellement par la loi n°15-01 relative à la prise en charge des enfants abandonnés, promulguée par le Dahir n°1-02-172 du 13 juin 2002.

Cette dernière a repris la définition du Dahir 1-93-165. Ainsi l'enfant abandonné susceptible de bénéficier de la kafala est celui qui, n'ayant pas atteint l'âge de dix-huit ans grégoriens révolus, se trouve dans les situations suivantes⁶²⁹:

⁶²⁷ Article 21 de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant.

⁶²⁸ Instaurée en 1979.

⁶²⁹ Article 1er de la loi sur la kafala

- être né de parents inconnus et avoir été trouvé en un lieu quelconque;
- être orphelin et ne disposant pas de moyens légaux de substitution;
- avoir des parents incapables de lui assurer la protection et l'éducation pour des raisons de force majeure indépendantes de leur volonté;
- avoir des parents débauchés n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de les conduire sur la bonne voie.

481. Il est important de rappeler que la kafala est différente de l'adoption puisqu'elle consiste en « un engagement de prise en charge totale assurant: la protection, l'entretien, l'éducation, et l'orientation d'un enfant abandonné, au même titre que le ferait le père et la mère pour leur enfant »⁶³⁰, à la différence de l'adoption, ne procure pas à l'enfant la filiation ni la vocation successorale.

482. La kafala est ainsi une institution originale qui obéit à des règles précises en ce qui concerne ses conditions et sa formation.

b- Conditions et procédure

483. Avant l'intervention du législateur marocain, la kafala était une institution qui consistait en un acte conclut directement entre la famille "adoptive" et les parents de l'enfant. Cet acte était très souvent non officiel et l'intervention des adouls se faisait souvent pour conclure un acte de tanzile. Actuellement, plusieurs institutions se chargent de l'établissement et la supervision des kafalas, à savoir le ministère public, l'officier d'état civil, les maisons d'accueil et les juges chargés des tutelles.

484. En 1993, un Dahir portant loi a organisé pour la première fois la kafala des enfants abandonnés⁶³¹. Etant imparfait, il a été remplacé par le Dahir du 13 juin 2002⁶³² qui est venue compléter et apporter une réelle amélioration au Dahir de 1993.

⁶³⁰Art. 2 Dahir n° 1-02-172 du 1 rabii II 1423 portant promulgation de la loi n° 15-01 relative à la prise en charge (la kafala) des enfants abandonnés. (B.O du 5 septembre 2002)

⁶³¹ Dahir n° 1-93-165 du 10 septembre 1993 portant sur la loi relative aux enfants abandonnés.

⁶³² Dahir n° 1-02-172 du 2 juin 1993 portant promulgation de la loi n° 15-01 relative à la prise en charge (kafala) des enfants abandonnés.

Ainsi pour réduire les lacunes qui entachaient le Dahir du 1993, le Dahir sur la prise en charge d'enfants abandonnés de 13 juin 2002 apporte un arsenal juridique afin d'encadrer au mieux les démarches précédant la kafala (i) et les règles régissant l'ordonnance de la kafala (i)

i)- Les démarches précédant la kafala

485. Il faut tout d'abord définir la catégorie d'enfants qui peuvent devenir des *makfouls*. Elle se divise en trois catégories.

486. En premier lieu, elle s'adresse aux enfants de parents inconnus. Ce sont les enfants qui ont été déclarés abandonnés par jugement du tribunal. Celui-ci intervient grâce à l'initiative du Procureur du Roi⁶³³, saisi en cas de constatation d'abandon d'enfant. Ce dernier entreprend toutes les démarches nécessaires à l'inscription de l'enfant sur les registres de l'état civil et cela avant la présentation de la demande de déclaration d'abandon. C'est à lui de présenter au tribunal tous les éléments de l'enquête en vue de prouver que l'enfant est bien un enfant abandonné⁶³⁴.

Le jugement est assorti, de plein droit, de l'exécution provisoire⁶³⁵. Une copie est alors adressée au Procureur du Roi, au juge des tutelles du tribunal compétent et parfois à la personne qui demande la kafala de l'enfant.

487. Les juges des tutelles assurent la tutelle de l'enfant abandonné conformément aux dispositions relatives à la représentation légale prévue par le Code de la famille et le Code de procédure civile⁶³⁶. Le Procureur du Roi place provisoirement l'enfant, objet d'une demande de déclaration d'abandon ou déclaré abandonné, dans des établissements sanitaires, dans un centre ou un établissement de protection sociale s'occupant de l'enfance et relevant de l'Etat, dans une association disposant de moyens matériels et humains suffisants pour assurer la protection de l'enfant abandonné ou au sein d'une famille en mesure de le protéger. Il est nécessaire que

⁶³³ Article 4 du Dahir sur la kafala (D.K)

⁶³⁴ Article 5.

⁶³⁵ Article 6. D.K.

⁶³⁶ Article 7 du Code marocain de procédure civil.

ces personnes ou établissements remplissent les conditions prévues par la loi, jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur la kafala de l'enfant⁶³⁷.

488. La deuxième catégorie d'enfants pouvant faire objet d'une demande de kafala, sont ceux remis par consentement familial. Il s'agit d'enfants confiés volontairement par leurs parents, en vue de leur adoption, aux services habilités à les recueillir. L'aptitude de consentir à la kafala revient aux parents. Lorsque la filiation de l'enfant est établie à l'égard du père et de la mère, de leur vivant, leur double consentement est juridiquement indispensable même si leur mariage est dissous et même s'ils n'exercent pas en commun l'autorité parentale. *A contrario*, le consentement d'un seul époux suffit si l'autre est décédé ou se trouve dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

489. Par ailleurs, les parents qui abandonnent délibérément leurs enfants, consentent tacitement à leur kafala⁶³⁸. La cessation des « relations nécessaires au maintien des liens affectifs » avec l'enfant est qualifiée comme un désintérêt manifeste. Dès lors, il n'est pas nécessaire de recueillir leur consentement exprès, même si les parents sont connus et joignables. Ce principe figure clairement dans l'article premier du Dahir de la kafala, qui énumère parmi les enfants sujets à la kafala: les enfants orphelins ou qui ont des parents incapables de subvenir à leurs besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance.

490. La troisième catégorie est celle des enfants qui ont été retirés à leurs parents, ce qui est appelé « le retrait correctif ». Le consentement des parents à la kafala n'est pas discrétionnaire puisque le tribunal peut passer outre au refus abusif des parents ou de l'un d'entre eux lorsqu'ils se sont désintéressés de l'enfant au risque d'en compromettre la santé ou la moralité. Cela s'applique aux parents qui omettent de respecter et d'assumer leur responsabilité de protection, d'orientation et d'éducation de l'enfant ainsi qu'aux parents déchus de la tutelle légale, à l'un d'entre eux après le décès ou l'incapacité de l'autre et qui se révèlent égarés et ne peuvent s'acquitter de leurs devoirs comme il se doit.

⁶³⁷ Article 8. D.K.

⁶³⁸ Article 350 du Code civil.

Dans ce cas de figure, l'abandon ou « l'adoptabilité par la kafala » de l'enfant doit être déclaré par le juge des tutelles. Il décide de la nécessité de cette déclaration, dans le cas où aucun membre de la famille de l'enfant ne se propose pour assurer sa prise en charge et si cette démarche est jugée conforme à son intérêt. Si cette déclaration est réalisée, elle n'est pas obligatoirement liée à un projet de kafala, mais donne à l'enfant le statut de « candidat à la procédure de la kafala ». La première conséquence d'une telle décision est d'investir la personne ou l'organisme, qui prennent l'enfant en charge et de leur procurer les droits attachés à l'autorité parentale. Les parents gardent, toutefois, le droit de récupérer l'enfant s'ils font preuve de bonne conduite ou de capacité à lui assurer l'éducation appropriée.

491. Après la définition des différentes catégories d'enfants qui peuvent faire objet d'une demande de kafala, il faut connaître celle des personnes habilitées à la demander. Les demandeurs de la kafala sont soit des époux musulmans, la femme musulmane ou les établissements publics. Les personnes doivent remplir les conditions de la majorité, être moralement et socialement apte à assurer la kafala et disposer des moyens matériels suffisants pour subvenir aux besoins du makfoul. Ils doivent n'avoir fait l'objet conjointement ou séparément, d'aucune condamnation pour infraction portant atteinte à la morale ou commise à l'encontre des enfants. Enfin, ils ne doivent pas être atteints de maladies contagieuses et ne doivent pas être opposés à l'enfant, dont ils demandent la kafala, ou à ses parents par un contentieux soumis à la justice ou par un différend familial qui comporte des craintes pour l'intérêt de l'enfant.

492. Pour ce qui est des établissements publics et des associations, chargés de la protection de l'enfance, ils doivent être reconnus d'utilité publique et doivent disposer de moyens, de ressources et de compétences humaines aptes à assurer la protection des enfants, de leur donner une bonne éducation et surtout, et c'est essentiel pour le législateur, de les élever conformément aux principes de l'islam⁶³⁹.

ii)- L'ordonnance de la kafala et le placement de l'enfant dans une famille

⁶³⁹ Article 9 du D.K.

493. Quand la demande de la kafala répond aux conditions requises, le juge des tutelles rend une ordonnance confiant l'enfant abandonné aux demandeurs, si l'enquête révèle que ces derniers remplissent toutes les conditions. L'ordonnance désigne la personne chargée de la kafala comme tuteur de l'enfant pris en charge. Elle est applicable de plein droit, nonobstant tout recours. L'ordonnance est, toutefois, susceptible d'appel, sur lequel la Cour statue en chambre de conseil⁶⁴⁰.

494. L'ordonnance de la kafala est exécutée par le tribunal de première instance duquel relève le juge ayant ordonné la kafala dans un délai de quinze jours à compter de la date à laquelle elle a été prononcée. Il est dressé un procès verbal de remise de l'enfant, le makfoul, à la personne ou à la partie qui le prend en charge. L'exécution a lieu, notamment, en présence de représentants du ministère public, de l'autorité locale et de l'assistante sociale concernée, le cas échéant.

Ce procès verbal doit contenir toutes les informations nécessaires sur l'enfant ainsi que son nouveau tuteur. Il doit être signé par l'agent de l'exécution et le *kafil* puis il est dressé en triple exemplaires dont le premier est adressé au juge des tutelles, le deuxième, au *kafil* et le dernier conservé au dossier d'exécution⁶⁴¹.

B- Les effets de la kafala : les droits du makfoul

495. Les droits du makfoul ne diffèrent nullement de ceux de l'enfant légitime. Ses droits assurés et confirmés par les textes portent fondamentalement sur: l'identité du makfoul (1), son état civil (2) et sa prise en charge sociale (3).

1- L'identité et la filiation du makfoul

496. Comme il est signalé précédent, l'identité de l'enfant est un droit fondamental consacré par le droit musulman. En l'espèce, l'identité de l'enfant ne se confond pas avec celle de la famille adoptive. Cette préservation exigée par les préceptes de l'Islam ainsi que par le droit marocain répond à la réalité des origines de l'enfant et le

⁶⁴⁰ Article 7.

⁶⁴¹ Article 18.

met à l'abri de toute éventualité de découvrir, plus tard qu'il n'est pas le fils réel des prétendus parents adoptifs.

497. Rappelons aussi que c'est le Procureur du Roi qui a la charge de l'inscription de l'enfant au registre de l'état civil afin de lui permettre de faciliter toutes ses démarches administratives futures. Cette inscription doit être obligatoire.

498. Malheureusement, à l'heure actuelle, il existe encore des enfants dont l'identité se perd en raison de la non-inscription de leur naissance au registre de l'état civil et de la non-consignation des actes de mariage sur les registres. Officiellement, ces enfants n'existent pas et ne sont reconnus par aucune institution gouvernementale et n'ont aucun droit. Il est évident qu'ils vivent une véritable tragédie sociale et juridique. Il est temps de rendre obligatoire l'inscription dans les livrets d'état civil, les déclarations de naissance et que ces actes ne contiennent pas des traits, une croix ou un vide à la place du nom du père ou de la mère inconnus.

499. À cette fin, plusieurs outils et procédures ont été mis en place au profit des enfants de père ou de parents inconnus suivant les cas. Lorsque l'enfant est de parents inconnus, un nom et un prénom lui sont choisis ainsi que des prénoms de parents inventés⁶⁴². Si l'enfant est de père inconnu, la mère attribue son nom patronymique et choisi pour lui un prénom et un prénom de père réel ou fictif⁶⁴³.

500. En pratique, l'application optimale de ces dispositions nécessite de la volonté et la facilitation des démarches, d'où l'ouverture d'annexes des bureaux d'état civil dans les maternités pour inscrire les enfants objets d'abandon avant la fuite des mères. Cela n'est cependant guère suffisant. Actuellement, ces bureaux ne sont pas si nombreux et tant il n'y aura pas une réelle mise en œuvre des moyens nécessaires pour éviter les naissances inconnues, il y aura des enfants vivants, tels des fantômes, sans reconnaissance officielle.

2- L'état civil du makfoul

⁶⁴² Article 5 du D.K.

⁶⁴³ *Ibid.*

501. Avant 1993, date de la première codification des règles régissant la situation des enfants abandonnés, leur identité, état civil, situation juridique étaient laissés au pur hasard et à la justice de la société. Des solutions sporadiques avaient été mises en place via de simples circulaires du Ministère de l'Intérieur. Ce vide fut partiellement comblé par le Dahir du 10 septembre 1993 sur la kafala remplacé par le Dahir de 2002 et aussi le Dahir n° 1-239-02 portant la loi n° 37/99 relative à l'état civil⁶⁴⁴ ainsi que la circulaire ministérielle n° 82/DGSL/DÉC/1 du 28 mai 2003 relative à la nouvelle organisation de l'état civil.

502. La plus grande réforme apportée par la nouvelle loi régissant l'état civil a mis fin à une injustice qui handicapait les enfants nés de parents inconnus. Avant la promulgation de ce Dahir, les actes de naissance de ces enfants comportaient des failles au niveau des noms et prénoms de leurs parents, laissant ainsi savoir qu'ils étaient illégitimes à chaque personne qui avait accès à leur pièce d'identité ou leur acte de naissance. Dans une société où les relations hors mariage sont fortement condamnées, les fruits de ces relations payaient cher leur situation d'enfant illégitime. Cette loi est venue rendre la dignité à ces enfants en décrétant qu'un prénom et un nom doivent être choisis ainsi que les prénoms des parents inconnus⁶⁴⁵. L'officier d'état civil doit indiquer à la marge de l'acte que le nom et prénom des parents ou du père, sont choisis conformément aux dispositions législatives et il en informe le Procureur du Roi dans un délai de trois jours de la date de la déclaration⁶⁴⁶.

503. Il est à remarquer que les lois consacrées à l'état civil et à la kafala sont en accord et se complètent. Ainsi l'officier d'état civil, le Procureur du Roi et le juge des tutelles travaillent ensemble pour donner à l'enfant abandonné une existence juridique dans la société. Il en résulte l'interdiction par la loi de mentionner la kafala dans l'acte de naissance afin de protéger la dignité de l'enfant⁶⁴⁷ et le fait de leur permettre d'avoir un état civil normal comme tous les autres enfants.

⁶⁴⁴ Voir. Plan national pour l'enfance 2006-2015, *Maroc digne de ses enfants*, Comité d'élaboration et de coordination du P.A.N.E (plan d'action national de l'enfant), pp. 19-20.

⁶⁴⁵ R. N. EL MEKKAOUI, Les enfants socialement inadaptés: leurs problèmes et leurs droits, op. cit.

⁶⁴⁶ Article 6 de la loi 37/99 sur l'état civil.

⁶⁴⁷ Article 21 de la loi sur l'état civil.

504. Après avoir établi un état civil au makfoul, ce dernier peut être pris en charge dans le cadre d'une procédure de kafala

3- La prise en charge du makfoul

505. La nouvelle loi de 2002 organisant la kafala ainsi que la circulaire prise pour son application entendent simplifier la procédure de déclaration de la qualité de l'enfant abandonné par la justice. Les prérogatives qui étaient jusque-là attribuées au gouverneur qui jouait avant un rôle de tuteur ont été transférées au tribunal en tant que qu'instance neutre.

506. Le juge de la famille doit mener une enquête avec l'aide d'une commission composée de représentants du Parquet, des Habous, et de la Commune concernée, qu'il peut saisir pour statuer sur la demande de kafala d'une personne ou d'un couple.

507. Les différentes lois ont assoupli les conditions de la kafala afin d'encourager les demandes de prise en charge sans mettre en péril l'intérêt de l'enfant et mettre en jeu son identité.

508. La loi sur la kafala organise et fixe nettement les droits et les devoirs des kafils, personnes qui recueillent l'enfant, d'un côté, et les droits du makfoul, l'enfant recueilli, de l'autre. La kafala permet au kafil et au makfoul de bénéficier mutuellement des régimes des subventions, des allocations familiales, de la sécurité sociale, de l'assurance-maladie,... A cet effet, le Dahir sur la kafala, dispose explicitement que la personne assurant la kafala, bénéficie des indemnités et des allocations sociales allouées aux parents pour leurs enfants par l'Etat, les établissements publics ou privés ou les collectivités locales et leurs groupements.

509. Il est important de préciser que la kafala n'est pas qu'un simple engagement à assurer l'entretien de l'enfant adopté. La loi sur la kafala met à la charge du kafil non seulement les obligations relatives à l'entretien, la garde, la protection de l'enfant mais il doit également veiller à ce que l'enfant soit élevé dans un cadre sain, tout en subvenant à ses besoins essentiels jusqu'à ce qu'il atteint l'âge de la majorité légale

conformément aux dispositions du Code marocain de la famille, relatives à la garde et à l'entretien de l'enfant⁶⁴⁸. Aussi, si l'enfant pris en charge est de sexe féminin, son entretien doit se poursuivre jusqu'à son mariage, comme le dispose le Code de la famille à travers des règles traitant de l'entretien de la fille. Dans le cas où le makfoul est handicapé ou incapable de subvenir à ses besoins, les dispositions du Code de la famille s'appliquent également⁶⁴⁹.

510. Ainsi à travers ces dispositions, l'enfant jouit par rapport à ses kafils des mêmes droits et obligations que celles qui découlent de la filiation légitime. Au terme de l'article 17 du Dahir réglementant la kafala, le juge des tutelles rend une ordonnance conférant la tutelle de l'enfant pris en charge à son kafil. Parallèlement, la personne assurant la kafala est civilement responsable des actes de l'enfant qu'elle prend en charge et les règles prévues par l'article 85 du Code des obligations et des contrats⁶⁵⁰ s'applique à cette responsabilité⁶⁵¹.

511. Cette prise en charge comporte une originalité. Elle peut cesser sous certaines conditions. Ainsi la kafala d'un enfant peut créer un lien déterminé par le temps.

C- La cessation de la kafala

512. La kafala peut prendre fin dans plusieurs cas. Elle cesse :

- à la majorité de l'enfant de sexe masculin et au mariage de l'enfant de sexe féminin,
- en cas de décès des deux époux ou de la femme célibataire chargée de la kafala,
- lorsque les titulaires de la mesure sont frappés d'incapacité,
- si le juge compétent a annulé la mesure soit pour violation des obligations mises à la charge du bénéficiaire, soit parce que cette personne s'est désistée, ou encore parce que l'intérêt de l'enfant l'exige

⁶⁴⁸ Article 22 du D.K.

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ Article 85 de C.O.D : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre. Le père et la mère, après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux... »

⁶⁵¹ *Ibid.*

- lorsque le tribunal compétent constate, à la demande des parents, que la mesure de kafala n'est plus fondée⁶⁵².

513. Dans le cas où les liens du mariage viennent à se rompre entre les époux assurant la kafala, le juge des tutelles ordonne, à la demande du mari, de l'épouse ou du ministère public soit de maintenir la kafala en la confiant à l'une des deux parties, soit de prendre les mesures qu'il estime adéquates dans l'intérêt de l'enfant. Dans ce cas, les dispositions du Code de la famille relatives à la garde s'appliquent au makfoul. Avant toute décision, une enquête est effectuée selon les règles de l'article 16 du Dahir sur la kafala⁶⁵³. Le juge doit désigner un gardien jusqu'à l'âge de 12 ans pour les garçons et jusqu'à l'âge de 15 ans pour les filles avant de prendre sa décision sur les modalités de la garde. Ensuite, l'enfant a toute liberté de choisir de résider auprès de l'un ou l'autre de ses parents, ou encore auprès d'un autre membre de sa famille, ascendant ou collatéral. Le juge doit également organiser le droit de visite après avoir entendu l'enfant si celui-ci a atteint l'âge du discernement. Le juge peut accorder ce droit de visite aux proches de l'enfant, aux deux époux qui étaient chargés de sa kafala, au représentant de l'organisation où il a été placé, ou à toute personne s'occupant de l'intérêt de l'enfant⁶⁵⁴.

514. Ainsi le juge intervient pour s'assurer du bon déroulement de la kafala. Il est présent dans toutes les étapes de la kafala et même pendant puisque ce dernier exerce un contrôle sur le kafil qui a la prise en charge u makfoul

D- Le contrôle de la kafala

515. Plusieurs mesures ont été établies par le Dahir sur la kafala afin d'éviter tout abus. Ainsi l'ordonnance de la kafala peut être révisée par le juge conformément à l'article 18 de ce texte. Celui-ci effectue un suivi de la mesure tout au long de son application. Ainsi, par exemple, les parents adoptifs ne peuvent en aucun cas

⁶⁵² Article 25

⁶⁵³ Article 26 du D.K.

⁶⁵⁴ Article 27.

accompagner le makfoul hors du territoire sans une autorisation préalable spécifique, provisoire ou permanente, octroyée par le juge des tutelles⁶⁵⁵.

516. Ce contrôle est soutenu par des dispositions pénales. Le kafil qui n'honore pas ses engagements et qui, par ses agissements, met en danger la santé, la moralité ou l'avenir du makfoul encourt les sanctions prévues par le Code pénal unifié.

517. Ces dispositions restant néanmoins imprécises, la création d'institutions spéciales de contrôle s'est avérée nécessaire, puisqu'en pratique le but était loin d'être atteint. Le gouvernement marocain a ainsi décidé par une circulaire d'août 2012 de durcir et d'unifier les procédures administratives relatives à la kafala afin de faciliter le travail des juges marocains⁶⁵⁶. La circulaire est plus exigeante quant aux documents que les parents marocains devront soumettre pour entreprendre une procédure de kafala. Par exemple, une femme marocaine célibataire ou divorcée souhaitant adopter devra désormais avoir obligatoirement un compte bancaire.

Ce texte traite également des couples ou personnes voulant prendre en charge un enfant et résidant à l'étranger. Il faut savoir que plusieurs abus ont été commis en attribuant la kafala à des familles étrangères ne répondant pas aux conditions que doivent remplir les kafils comme l'appartenance à la religion musulmane. Mais cette circulaire inquiète énormément les marocains résidents à l'étranger et voulant prendre en charge des enfants abandonnés dans leur pays d'origine⁶⁵⁷.

518. Le gouvernement tente de rassurer la communauté marocaine, ainsi Nezha El Ouafi, députée PJD⁶⁵⁸ et ex-marocaine résidente à l'étranger, précisément l'Italie, a affirmé, après s'être entretenue avec Mustapha Ramid, ministre de la Justice sur cette question que « Les Marocains d'ici et d'ailleurs ont toujours le droit d'entamer une

⁶⁵⁵ Article 25.

⁶⁵⁶ Circulaire ministère de la justice et des libertés N° 40 S/2

⁶⁵⁷ « Adoption au Maroc, vers la fin de la kafala pour les MRE et les étrangers? », Ya bladi, le 31 juillet 2012.

⁶⁵⁸ Partie de justice et développement constituant le gouvernement marocain actuel.

procédure de kafala »⁶⁵⁹. Elle précise également que les parents MRE pourront toujours emmener avec eux à l'étranger l'enfant marocain adopté.

519. Par contre, pour les parents étrangers, la procédure de kafala pourrait être plus stricte qu'auparavant. « Cette circulaire n'est pas une nouvelle loi mais elle a pour objectif de mieux faire appliquer la loi existante, chose qui n'était pas toujours faite ». Elle explique par exemple, que l'actuelle loi prévoit qu'une enquête soit menée auprès des familles étrangères souhaitant prendre en charge un enfant marocain mais que certains procureurs n'ont pas toujours ordonné cette enquête, ce qui peut avoir un impact sur le bien-être de l'enfant. « Il y a possibilité d'emmener les enfants à l'étranger à condition que les parents soient convertis à l'Islam, que les enfants soient élevés dans un contexte musulman, qu'ils reviennent régulièrement au Maroc et qu'ils conservent leur nationalité marocaine »⁶⁶⁰.

520. Cette position visant à rassurer les MRE a été rapidement abandonnée puisque l'application de la circulaire du ministère de la Justice du 12 septembre 2012 intimait aux procureurs du Roi d'interdire la Kafala des enfants abandonnés non seulement aux parents étrangers non-musulmans mais aussi aux non-résidents. Une proposition de loi émanant du groupe parlementaire du PJD prend le relais en amendant la loi 15-01. Les amendements proposés portent sur les articles 2, 9, 17, 22 et 24 de la loi sur la Kafala. Dans sa version amendée, l'article 2 impose que « l'un des époux ait la nationalité marocaine et qu'il soit résident ».

521. Cette proposition de loi fait encore débat entre le ministre et les associations tel SOS Villages, Osraty, Fondation Rita Zniber, Dar Atfal Al-Oufae et Amici De Bambini qui ont fini par créer le Collectif Kafala⁶⁶¹ ainsi que l'union de deux associations Groupe action kafala Belgique et l'association française l'Apaerk⁶⁶². Les représentants de la société civile ont tenu « une conférence à la Cour de cassation le 28 février 2014, pour discuter de la loi sur la kafala. A l'unanimité, les associations présentes ont appelé le ministre de la Justice à la révision de la loi 15-2001 régissant

⁶⁵⁹« Adoption : La nouvelle circulaire sur la kafala ne concerne pas les Marocains à l'Etranger, Ya bladi », 2 août 2012

⁶⁶⁰Article précité, Ya bladi, du 2 août 2012.

⁶⁶¹ « Le collectif Kafala monte au front », l'Economiste, n° 4049 du 10/06/2013.

⁶⁶² « Le Front Européen MRE conteste le projet de loi sur la Kafala », Le Mag. ma. , le 13 Juin 2013.

l' « adoption » au Maroc »⁶⁶³ dans la quelle Le ministre de la Justice Mustapha Ramid avait tenté de rassurer, affirmant que les Marocains du monde ne sont pas concernés.

522. Cette volonté de renforcer le contrôle tend à lutter contre les kafalas qui risquent de se transformer en adoption plénière dès que les kafils étrangers ramènent l'enfant dans un pays qui autorise cette adoption. Un autre contrôle doit se réaliser afin de mettre fin aux fausses déclarations d'accouchement où l'enfant paraît sur l'état civil des prétendus parents et porte donc leur nom.

523. À vrai dire, ces contrôles ont toujours le but ultime de préserver l'identité de l'enfant, que ce dernier soit au courant de ses origines sans mensonges et en le préservant des chocs émotionnels et psychologiques. Cette préservation ne doit pas seulement concerner son identité civile mais aussi religieuse et culturelle puisque le droit marocain donne une importance cruciale à ce point.

⁶⁶³ « Maroc : Des associations appellent à la révision de la loi sur la Kafala », Ya bladi, du 28 février 2014.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

524. Tout comme pour la formation du mariage, le législateur a tenté de réformer les effets de cette institution afin d'établir plus d'égalité entre les époux. Ces réformes restent timides et ne s'attaquent pas réellement aux rapports des époux avec leurs enfants puisque chacun garde son rôle traditionnel. La conception de la famille selon la définition musulmane est incontournable. Le législateur reste timide dans ses propositions afin de ne pas choquer la conception familiale très chère à la société marocaine, malgré les faiblesses qui l'entourent. Ainsi l'institution de la filiation n'a pratiquement connu aucun changement et la situation des enfants dits illégitimes est la même, malgré les quelques règles adoptées par le Dahir de la kafala pour améliorer l'état du kafil, l'institution restant complexe avec une procédure décourageante.

525. Les juges marocains, en raison de leur grand pouvoir d'appréciation, règlent ces questions, non seulement d'un point de vue strictement juridique mais aussi en fonction de leurs propres convictions religieuses et de l'idée qu'ils ont de ce qui est acceptable ou non dans la société marocaine. Cela donne lieu à une jurisprudence très variable d'une région à une autre, traçant ainsi une carte entre un Maroc moderne et un autre Maroc, plus traditionnel.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

526. Les précédents développements montrent bien tout le cheminement entrepris par le législateur marocain. La réforme du Code de 2004 est une évolution qui était nécessaire pour mieux répondre aux besoins actuels de la famille marocaine. Ils montrent aussi que le droit musulman qui sert de fondement à l'institution du mariage peut être adapté pour suivre l'évolution des mœurs lorsque le législateur décide d'en prendre acte.

527. Ainsi, en promulguant le Code de la famille, le législateur a, avec grande habilité, satisfait à la fois les décideurs éclairés qui s'engagent dans la voie des réformes et les traditionalistes qui tiennent aux règles juridiques telles qu'elles sont conçues par le droit musulman classique. Tout le monde y trouve son compte mais à quel prix ? Si l'on considère la mise en œuvre pratique des règles du Code de la famille en ce qui concerne le mariage, beaucoup de chemin reste à parcourir.

528. Ainsi, la notion de l'égalité entre l'homme et la femme ne reçoit pas l'écho souhaité, puisque la majorité des Marocains reste toujours attachée à la notion de complémentarité entre l'homme et la femme, le législateur ainsi que les juges allant dans ce sens. Pour toutes les questions relatives à la polygamie, à l'exercice de l'autorité parentale, la filiation illégitime, le législateur reste attaché à des règles qui ne respectent pas réellement la réalité sociale du Maroc.

529. Si l'effort entrepris par le codificateur est considérable au regard du chemin parcouru entre le mariage selon le droit musulman classique et le mariage tel que le Maroc le perçoit aujourd'hui, reste à savoir si cette réforme peut être reçue comme le début d'une entreprise tendant vers plus de changements dans le futur et non comme une finalité, un but atteint. Il s'agit aussi de savoir si les réformes apportant plus d'égalité trouveront un écho à l'extérieure des frontières marocaines et

essentiellement sur le territoire français. Le mariage marocain reste une institution particulière par rapport au mariage tel qu'il est conçu par le droit français. Ainsi la réception du lien matrimonial marocain par le juge français s'avère intéressante et complexe puisque le mariage marocain reste une notion étrangère à l'ordre juridique français.

**PARTIE DEUXIEME: LA CONFRONTATION
ENTRE LE MARIAGE MAROCAIN ET L'ORDRE
JURIDIQUE FRANCAIS**

530. Le droit marocain de la famille a connu une grande évolution en matière de mariage. Les efforts du législateur tendent vers plus d'égalité dans le ménage entre les époux et dans leur rapport avec les enfants, pour plus de justice malgré une timidité envers plusieurs institutions qui entravent cette égalité. Il est possible de penser que les réformes entreprises restent insuffisante. Mais la lecture de l'histoire du mariage marocain tend à montrer le chemin parcouru et l'importance de cette évolution.

531. Un des éléments qui ont suscité la volonté de réformer l'institution du mariage est certainement de l'adapter non seulement aux besoins actuels de la société marocaine mais aussi de tendre vers plus de coordination entre les deux systèmes, musulman et laïc.

532. Il est certain que pour le cas des relations franco-marocaines, la possibilité d'harmonisation par le seul moyen de l'élaboration de conventions bilatérales est un leurre. Ainsi, la convention franco-marocaine du 10 août 1981 montre parfaitement un exemple d'échec dans son rôle de coordination. Cette harmonisation ne peut passer que par un rapprochement des systèmes en cause afin de réduire les frictions entre eux. Mais au regard de l'évolution de la pratique matrimoniale au Maroc, le législateur ne peut imposer une transformation radicale. Encore faudrait-il qu'un ordre juridique d'accueil comme l'ordre juridique français, fasse preuve d'un traitement franc et ferme dans la réception de l'institution marocaine. Pour arriver à cet objectif, la compréhension du droit marocain par le juge est primordiale pour la réception. Il ne s'agit pas seulement de définir les institutions marocaines et certainement pas de les accepter au nom du respect de la culture de l'autre mais de comprendre leur finalité, leur esprit et leur objectif pour éviter le drame de la solution boiteuse.

533. Ceci n'est évidemment pas simple comme exercice, la coordination et l'harmonisation entre les deux systèmes ne doivent pas justifier une tolérance transigeant avec les valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for. Chaque Etat est souverain de fixer les limites à la réception des droits étrangers lorsqu'ils risquent de heurter les fondements et les principes de la société d'accueil. Comme le Maroc, la France définit ce qu'elle considère comme valeurs fondamentales et le rejet de la

loi marocaine heurtant ces valeurs ne peut pas être compris comme un refus de coordonner les solutions du droit international privé ni être considéré comme un mépris à l'égard des valeurs véhiculées par la norme marocaine. Il s'agit de faire respecter des principes et des normes qui fondent la philosophie du système de la famille française. Ainsi, la notion de mariage conçue par le droit français diffère de celle consacrée par le droit marocain, ce qui implique un exercice de réception du mariage marocain qui peut s'avérer laborieux dans l'application des règles de droit international privé concernant la formation du mariage (chapitre I) comme celles traitant de ses effets (chapitre II).

CHAPITRE I: LA CONFRONTATION ENTRE LES DEUX SYSTEMES QUANT A LA FORMATION DU MARIAGE MAROCAIN

534. L'harmonisation désirée par le législateur marocain concernant la formation du mariage a pour but de faciliter la démarche pour les Marocains résidents à l'étranger (MRE). Effectivement, la politique législative marocaine touchant au statut personnel est traditionnellement très attachée aux Marocains où qu'ils soient et c'est pour cette raison que le législateur tend à ce que le droit marocain puisse trouver une meilleure application dans les pays d'accueil et notamment en France.

535. Cette volonté de permettre au droit marocain d'être applicable hors ses frontières est en toute évidence compréhensible et traduit l'attachement qu'à cet ordre juridique avec ses ressortissants résidents à l'étranger. Mais il faut prendre en considération la réception de ces normes par l'ordre juridique d'accueil. Ainsi, l'application du droit marocain par le juge français doit obéir aux règles du droit international privé français avec tout ce que cela implique. Il est permis d'assister alors à une double attitude, une sorte d'équilibre entre rejet et acceptation tendant d'une part vers une harmonisation pour ce qui concerne les conditions de fond et de forme du mariage (section I) et d'autre part vers le rejet intransigeant dès qu'il s'agit de la polygamie, la forme la plus choquante du mariage marocain (section II).

SECTION I: L'application du droit marocain de la famille en France en matière de formation du mariage

536. Avant de traiter la réception des conditions de validité du mariage marocain par le juge français qui pose en plus du problème de qualification, la question de l'intervention de l'exception de l'ordre public (paragraphe II) , il faut en premier lieu comprendre la portée des règles marocaines et définir leur champ d'application pour ce qui est de la célébration du mariage (paragraphe I).

PARAGRAPHE I: Application des dispositions relatives à la célébration du mariage pour les marocains résidents en France

537. Le législateur marocain a porté un intérêt particulier aux ressortissants Marocains à l'étranger et notamment aux Marocains résidents en France. Il a doté le Code de règles de conflit de lois afin d'étendre la compétence de la moudawana marocaine sur les Marocains du monde et même sur ceux qui ont d'autres nationalités.

Cette application du droit marocain hors des frontières peut se lire de deux manières. Une lecture abstraite pour définir les règles de conflit adoptées par le législateur marocain(I) et une deuxième lecture, plus concrète, afin de comprendre les difficultés engendrées en pratique (II).

I- L'application abstraite du Code marocain

538. Il faut tout d'abord définir le champ d'application du Code de la famille et de ses règles (A) avant de voir leur application pour les Marocains résidents en France (B)

A- Le champ d'application du Code marocain de la famille

539. L'article 2 du Code de la famille marocain contient une règle de conflit unilatérale qui détermine les catégories de personnes à qui s'applique le nouveau Code. En effet, distinguant entre quatre catégories, il s'applique « à tous les Marocains, même ceux portant une autre nationalité ; aux réfugiés, y compris les apatrides conformément à la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative à la situation des réfugiés ; à toute relation entre deux personnes lorsque l'une des deux parties est marocaine ; à toute relation entre deux marocains lorsque l'un d'eux est musulman. Les Marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut »⁶⁶⁴.

⁶⁶⁴ Article 2 du Code marocain de la famille.

Par l'expression « tous les Marocains » mentionnée à l'alinéa 1 et au deuxième paragraphe du présent article, le législateur a adopté les dispositions du premier paragraphe de l'article 3 du Code de la nationalité en date du 6 septembre 1958 et abrogé le deuxième alinéa relatif aux exceptions prévues pour les marocains ni musulmans, ni israélites⁶⁶⁵.

540. Les dispositions de l'article 2 ne figuraient pas dans l'ancienne moudawana. Cette règle unilatérale traduit, à sa manière, la volonté du législateur marocain de garder un contrôle sur la vie familiale des Marocains résidant à l'étranger notamment en France. Il y a deux raisons pour cet intérêt : d'une part, la volonté d'un Etat musulman de garder les liens (d'allégeance) avec les croyants, qui sont également des nationaux, résidant dans un pays où la loi islamique n'est pas appliquée, mais où les musulmans ont la liberté de suivre les règles individuelles de l'Islam. D'autre part, le désir du Maroc d'éviter « que l'évolution des textes et des pratiques sur le plan du droit international privé en Europe et notamment en France, n'affecte ce lien »⁶⁶⁶.

541. A vrai dire avant la réforme, le législateur estimait que c'est aux Marocains de s'accommoder à respecter la moudawana où qu'ils soient ce qui compliquait la vie des MRE et le contrôle de leur statut personnel par les autorités marocaines. Aujourd'hui, même si le Code marocain n'a pas été conçu en premier lieu pour les MRE, il a inclus des dispositions afin de répondre à leurs besoins sans pour autant avoir la prétention d'apporter des solutions permettant un agencement complet et cohérent de leur vie familiale.

Cette incohérence apparaît dans la lecture des alinéas 3 et 4 de l'article en question. Deux remarques s'imposent. D'une part, puisque le Code s'applique au couple mixte dont l'un est marocain⁶⁶⁷. Il y a un risque de création de situations boiteuses et incohérentes. Il s'agit du cas des MRE qui cumulent la possession de deux nationalités, celle du Maroc et celle du pays de leur résidence habituelle. Les autorités

⁶⁶⁵ Le Guide pratique du Code de la famille., p. 17

⁶⁶⁶ M-C. FOBLETS et M. LOUKILI, « mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille. : quelles implications pour les marocains en Europe ? » *Rev. crit. DIP.* 2006 p. 533-534

⁶⁶⁷ Article 2alinéa 3

marocaines sont parfaitement compétentes pour régir la situation familiale du MRE mais c'est le cas aussi pour les autorités du pays de sa résidence habituelle dont il a la nationalité et cela en application de la Convention de la Haye du 12 avril 1930 sur les conflits de nationalités suggérant déjà de retenir la préférence de la nationalité qui coïncide avec le centre de vie d'une personne⁶⁶⁸. Un franco-marocain vivant en France sera forcément soumis à la loi française comme dans tous les Etats respectant la convention de la Haye sur le conflit de nationalités et par conséquent l'application de la loi marocaine se trouve écartée.

D'autre part, l'alinéa 4 de l'article 2 consacre une règle de conflit propre aux pays musulmans, celle du privilège de la religion, une catégorie de rattachement⁶⁶⁹ qui permet de soumettre les dispositions du Code de la famille marocain à toute personne de religion musulmane et cela indépendamment de sa nationalité, de son domicile ou de sa résidence habituelle. Cette règle de droit international privé marocain a été inscrite dans le but de réguler des rapports entre musulmans même étrangers en les soumettant à la compétence du Cadi⁶⁷⁰. Cette loi établie par l'ordre public marocain,⁶⁷¹ continuera incontestablement à garder d'actualité les obstacles dans les relations internationales entre le Maroc et la France⁶⁷². Ainsi un français converti à l'islam se trouvera soumis à la loi marocaine dès que c'est le juge marocain qui est saisi.

⁶⁶⁸ Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, signé à la Haye, le 12 avril 1930 ; Voir : M. VERWILGHEN, « Conflit de nationalités. Plurinationalité et apatrides », *R.C.A.D. I*, t. 227 (1999), 2000.

⁶⁶⁹ Cette qualification n'est pas neuve. Voir J. DEPPEZ, « Environnement social et droit international privé. Le droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale », in X. *Droit et environnement social au Maghreb*, Casablanca, C.N.R.S., 1989, 281-330. A. MOULAY R'CHID, « Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel », in J.-Y. CARLIER et M. VERWILGHEN (dir). *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 143 et s.

⁶⁷⁰ Dahir du 24 avril 1959. Voir P. DECROUX « Droit privé. t. II : Droit international privé, 1963, p. 135 ; M. J. ESSAID, *Introduction à l'étude de droit*, Rabat, 1992, 116-120 ; J.-Y. CARLIER, « La nationalité marocaine », in *Jurisclasseur Nationalité*, Paris, Editions Techniques, 1992.

⁶⁷¹ Voir M. TAK-TAK, « Conversion à l'Islam et Moudawana. La loi applicable en cas de mariage mixte », *A.J.*, n°9, octobre 1998 ; F. SERHANNE, N. LAHLOU-RACHIDI, « Réflexions sur quelques règles de conflits de lois à l'épreuve de la pratique », *Cahier des droits maghrébins*, vol. 1, 1995, 81-108

⁶⁷² Voir A. MEZGHANI « Le juge français et les institutions du droit musulman », *J.D.I.*, 2003, 721-765 ; J. DEPPEZ, « La réception du statut musulman en France » in *Cahier des droits maghrébins*, vol. 1, 1995, 19-63.

B- Le mariage des marocains résidant en France

542. Comme il a été signalé, parmi les dispositions « révolutionnaires »⁶⁷³ du Code de la famille marocain de 2004, l'article 14 permet de « reconnaître au Maroc le mariage civil des ressortissants marocains contracté à l'étranger en conformité avec les procédures administratives locales »⁶⁷⁴, pourvu que soient réunies les conditions de consentement, d'aptitude et de présence du tuteur matrimonial le cas échéant, qu'il n'y ait pas d'empêchements légaux, qu'il n'y ait pas de clauses annulant la dot et enfin de présence de deux témoins musulmans.

543. Le problème lié à cette disposition est que les actes de mariage conclus devant l'officier d'état civil français ne contiennent pas tous les éléments énumérés par les articles 14, 65⁶⁷⁵ et 67⁶⁷⁶ du Code marocain. L'officier d'état civil compétent pourra passer outre les conditions posées par le législateur marocain du fait que celles-ci sont inconnues du droit français ou même contraires à son ordre public dans le cas de l'empêchement religieux qui interdit un mariage entre une Marocaine musulmane et un non musulman. Il est donc fort à craindre qu'en raison de la méconnaissance des conditions du mariage marocain par les autorités françaises, ces dernières célébreront des mariages boiteux.

Le problème semble surestimé puisqu'en pratique les autorités consulaires marocaines se montrent plus souples lors de la vérification des conditions de validité du mariage au regard du droit marocain pour la transcription de l'acte matrimonial sur les registres consulaires. Ces autorités admettent un acte additif où figure les noms des deux témoins masculins musulmans qui peuvent être différents des témoins présents au mariage civil et ils vérifient l'appartenance religieuse des époux en se fondant sur le nom de famille, le pays d'origine dont la religion de référence est l'Islam, ou pour les convertis en réclamant une attestation de conversion émanant

⁶⁷³ M.-C. FOBLETS et J.-Y. CARLIER, *Le Code marocain de la famille., Incidences au regard du droit international privé en Europe.* éd. Bruylant, Bruxelles 2005, p. 15.

⁶⁷⁴ M.-C. FOBLETS et M. LOUKILI, op. cit., *Rev. crit. DIP.* 2006 p. 536

⁶⁷⁵ L'article 65 énumère les pièces que doit contenir le dossier de l'acte de mariage. Voir *supra*, n°287 et s.

⁶⁷⁶ L'article 67 dispose des différentes mentions qui doivent figurer dans l'acte de mariage.

d'une mosquée ou d'une institution islamique⁶⁷⁷. Ces pratiques ont pour but de faciliter l'application des dispositions du droit marocain.

544. L'article 15 du Code marocain de la famille complète l'article 14. Il fixe les conditions de reconnaissance par les autorités marocaines de l'acte civil établi à l'étranger⁶⁷⁸. Mais la transcription envisagée par cet article ne demande pas la preuve du respect des conditions de l'article 14. Il en va de même, pour les dispositions de l'article 68 du Code précisant que l'officier d'état civil doit mentionner les données sommaires de l'acte de mariage en marge de l'acte de naissance des époux. Cette règle vaut pour les Marocains au Maroc et vaudrait également pour les MRE⁶⁷⁹. Mais il n'est pas fait mention d'un quelconque contrôle de la véracité des données ainsi accueillies⁶⁸⁰. Le texte de l'article 15 ne permet aucune prévision des usages administratifs concernant les actes de mariage civils. Il ne donne aucune réponse aux questions qui se rapportent aux sanctions en cas du non-respect des délais, à la relation entre le mariage civil et consulaire ou aux conséquences par rapport au choix donné aux MRE entre les deux procédures.

Pour ces raisons, en pratique et cela concerne essentiellement les mariages mixtes même si les époux ou l'un d'eux est bipatriote, pour éviter les situations boiteuses et s'assurer de la validité de leurs unions, une double célébration a lieu, d'abord devant l'officier d'état civil, ensuite au consulat, le cas échéant sous forme d'un simple acte additif⁶⁸¹. Cela demeure la façon la plus certaine d'assurer la validité du mariage dans les deux ordres juridiques⁶⁸².

545. Le législateur marocain a instauré ces règles afin d'assurer aux MRE une facilité pour contracter leur mariage devant les officiers de l'état civil compétents mais son silence concernant les pratiques administratives ne satisfait guère les craintes des ressortissants marocains de se trouver face à un mariage nul devant

⁶⁷⁷ Voir : *Guide pratique du droit familial. Le nouveau Code marocain de la famille. en question.* Bruxelles, ADDE, 2005, 37.

⁶⁷⁸ *Supra*, n° 293.

⁶⁷⁹ *Infra*, n° 260 et s.

⁶⁸⁰ Ce contrôle doit être fait par les autorités consulaires sauf que ces derniers semblent se limiter à transmettre les actes de mariage pour transcription.

⁶⁸¹ M.-C. FOBLETS et J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁸² M.-C. FOBLETS et M. LOUKILI, *op. cit.*, *Rev. crit. DIP.* 2006 p. 539.

l'ordre juridique marocain. Une réglementation précise semble nécessaire même si la pratique portera plus de réponses que les textes.

II- Application concrète du Code et jeu de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut personnel

546. L'application concrète du droit marocain par le juge français n'est pas simple. Il se trouve devant des difficultés liées au système judiciaire marocain et à son mode de fonctionnement (A). La convention franco-marocaine censée faciliter la coopération et la coordination entre les deux systèmes se révèle insuffisante et limitée (B).

A- Les difficultés d'application concrète du Code

547. Les difficultés essentielles qui surgissent pour une application concrète des dispositions du Code marocain de la famille en France se manifestent sur deux volets. Le premier, concerne la complexité du système judiciaire marocain compétent en matière familiale. Le deuxième, traite de la méconnaissance du juge français de la jurisprudence marocaine relative à la famille, et ce tant pour ce qui concerne le droit interne marocain et son interprétation que pour ce qui concerne le droit international privé.

548. Comme il a été signalé dans le premier titre, le nouveau Code marocain de la famille donne au juge un grand pouvoir d'interprétation et d'application de ses règles⁶⁸³. Le rôle des juges marocains dans l'application des dispositions du Code est déterminant. Cette complexité du système judiciaire marocain traduite essentiellement par la liberté d'interprétation offerte au juges marocains ne permet pas au juge français « de déterminer avec précision la nature des pouvoirs exercés par chaque catégorie de magistrats appelés à intervenir dans l'application des dispositions du Code au niveau du droit interne comme au niveau du droit international privé »⁶⁸⁴.

⁶⁸³ *Supra* n°248

⁶⁸⁴ M.-C. FOBLETS et M. LOUKILI, *op. cit.*, *Rev. crit. DIP.* 2006 p. 551.

549. Sachant que le ministère public est considéré au Maroc comme une partie principale dans toutes les affaires de la famille soumise à la justice, il est aussi chargé d'appliquer les mesures coercitives qui s'imposent chaque fois que celles-ci sont prévues par la loi⁶⁸⁵. Puis, il y a le juge de la famille chargé, quant à lui, d'exercer un rôle purement administratif en délivrant les autorisations pour dresser l'acte de mariage ou pour autoriser des mariages comme celui du mineur, des malades mentaux ou le mariage par mandat. Il en va de même pour le juge notaire et le juge des tutelles qui apposent leur cachet sur les actes dressés par les adouls concernant les mariages et les répudiations. Enfin, le tribunal composé de trois juges qui pratique une compétence judiciaire mais qui peut également être gracieuse ou administrative, pour autoriser la polygamie ou dresser l'acte de répudiation.

550. Le législateur marocain utilise le terme « juge » sans aucune indication supplémentaire dans le Code. Cette complexité et ce flou législatifs peuvent engendrer des risques de confusion chez les praticiens français non familiers des pratiques judiciaires marocaines.

551. Une autre difficulté s'ajoute. Elle est illustrée « par la compétence non contentieuse exercée conformément à la loi marocaine, tantôt par le ministère public, tantôt par le tribunal ou les magistrats dans le cadre du Code de la famille actuel et contre laquelle aucune voie de recours n'est prévue »⁶⁸⁶. Cela peut traiter de l'autorisation de la polygamie ou celle de la répudiation par exemple. Ces décisions rendues n'ont pas de possibilité de recours et par conséquent, peuvent être perçues, par le juge français, comme portant atteinte aux droits de la personne. Il semblerait que d'aucuns, au Maroc, aient plaidé dans ces cas précis pour une assimilation de ces actes à des actes administratifs, susceptibles de recours devant les tribunaux administratifs⁶⁸⁷.

⁶⁸⁵ Article 3 dispose que « Le ministère public est partie principale dans toutes les actions visant l'application des dispositions du présent code ».

⁶⁸⁶ M.-C. FOLETS et M. LOUKILI, op. cit., *Rev. crit. DIP.* 2006 p. 552

⁶⁸⁷ A.-A. AL-MOUMNI, « Réflexions sur les attributions du ministère public et leur exercice dans le cadre de l'article 3 du Code de la famille. », *Revue Al-quistas* (Barreau de la ville de Meknès), n°5, juin 2005, 31-41.

Cette complexité du système judiciaire marocain et le flou dans la rédaction du Code de la famille peuvent poser de réels problèmes lorsqu'une ou plusieurs autorités sont appelées à exercer leur pouvoir à l'extérieur du Maroc. Dans le cas de mariage de MRE, qui exercera le pouvoir ? Le juge rattaché à l'ambassade ou au consulat marocain ou le juge français qui pourra remplacer son homologue marocain dans les affaires de statuts personnels ? Des éléments de réponse à ces questions se trouvent dans certaines circulaires du ministère de la justice marocain⁶⁸⁸ ainsi que dans la jurisprudence rendue par la Cour suprême marocaine qui refuse l'intervention d'un juge étranger dans la procédure de divorce entre MRE⁶⁸⁹. En conclusion, ni le juge étranger, ni les juges rattachés à l'ambassade ou au consulat marocain en France ne peuvent délivrer ou établir certains actes. Les parties n'ont qu'un seul moyen et se voient contraintes de rentrer au Maroc pour y entreprendre les démarches nécessaires. Ainsi, la volonté de contrôler la vie familiale des ressortissants marocains est assez perceptible et la volonté de faciliter la vie des MRE trouve ses limites.

552. La deuxième grande difficulté qui risque de compromettre l'application des dispositions du Code marocain de la famille conformément aux règles de conflit de droit international privé français, est le manque de connaissance des praticiens français du droit de la famille, du droit international privé et de la jurisprudence marocaine dans le domaine du droit de la famille.

Il faut comprendre que les autorités marocaines sont hésitantes sur la question d'ouvrir l'accès à la jurisprudence aux praticiens étrangers. Cela s'explique par la peur de rentrer dans une spirale de critiques fondées sur des malentendus entre la perception européenne et française des relations familiales d'un côté et le droit marocain de la famille de l'autre⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ Voir : circulaire n°13 c du 12 avril 2004, *Rev. Justice de la famille.*, n°1, juillet 2005, 186-191.

⁶⁸⁹ Cr. sup., arrêt du 24 janvier 2001, dossier n° 2212/1/2000, publié dans *Jurisprudence de la Cour suprême* n° 59-60, 2002, 182. Voir aussi : arrêt du 22 décembre 2004, n° 152, 211-214 où il s'agit d'une demande d'exequatur d'une décision belge avec pour objet la pension alimentaire due à la femme. Comme les deux parties étaient de nationalité marocaine, la Cour suprême a cassé l'arrêt de la cour d'appel qui avait accordé l'exequatur de la décision du tribunal belge au motif que ce dernier a méconnu l'article 127 e l'ancienne moudawana et en particulier les éléments qui doivent être pris en compte dans le calcul de la pension alimentaire dû par l'ex-mari à ses enfants.

⁶⁹⁰ M.-C. FOBLETS et M. LOUKILI, op. cit., *Rev. crit. DIP.* 2006 p. 553.

La jurisprudence marocaine doit se comprendre dans son contexte très particulier et différent de l'environnement français. Il faut prendre en considération les mécanismes d'application des règles du Code marocain par les magistrats. Ces derniers sont face à un réel problème qui ne se pose pas dans les mêmes termes en France, celui de la hiérarchie des lois. Est-ce que le juge marocain a le libre choix de la norme qu'il appliquera en cas de silence ou d'insuffisance du Code ? Dans cette hypothèse, peut-il se référer aux traités et conventions relatifs aux droits de l'Homme qui lient le Maroc pour trouver la solution conforme au principe de justice, d'égalité et d'équité, ou doit-il se conformer aux seules normes traditionnelles du droit musulman même si elles sont en contradiction avec le principe d'égalité des sexes⁶⁹¹ ?

553. La dernière disposition du Code apporte une réponse claire à ces questions. L'article 400 prévoit, pour tous les cas qui ne peuvent être résolus en application du nouveau Code, le recours supplétif « au rite malékite et à l'effort jurisprudentiel (*ijtihad*) qui tient compte de la concrétisation de valeurs de l'Islam en matière de justice, d'égalité et de bon rapport de la vie commune »⁶⁹². Cet article est l'expression la plus explicite de l'environnement dans lequel exerce le juge marocain, un environnement social et culturel imprégné de l'Islam. La fonction du juge en tant que représentant du Roi, commandeur des croyants et protecteur de la religion, le renvoi vers la mission d'assurer le respect de la loi suprême qu'est la loi musulmane.

Il ne faut donc pas se tromper, même si le Code, par son ampleur, s'apparente aux codes occidentaux, il reste fondé et établi selon le droit musulman classique. L'intention du législateur marocain n'était pas d'abroger les lois islamiques mais de les reformuler dans le souci de les rendre plus aisément applicables dans un contexte de société moderne. Ainsi, le juge marocain justifie ses décisions par les dispositions du Code et par la jurisprudence de la Cour suprême mais rien ne l'empêche de le faire également soit en référence à une disposition du rite malékite soit à un principe général de la charia. Le législateur a laissé aux tribunaux le soin de préciser la portée des dispositions du Code par référence au droit classique par souci d'éviter les risques

⁶⁹¹ *Ibid.*

⁶⁹² Article 400 du Code marocain de la famille.

d'un bouleversement. Ainsi, l'article 400 permet de garantir la continuité du recours au rite malékite et à la jurisprudence.

Ces éléments permettent d'arriver à une conclusion : ce n'est pas la connaissance de la jurisprudence marocaine par le praticien français qui aidera à créer un climat de confiance pour assurer, à moyen terme, l'application la plus concrète possible du Code marocain de la famille dans le respect des règles de conflit en vigueur en France.

Celles-ci limitent de plus en plus volontiers l'application de la loi nationale étrangère. Cette limitation « est pour partie liée à une attitude pragmatique de la part des tribunaux, elle est également dictée par la méfiance des magistrats et des administrations publiques compétentes face aux contenus du droit étranger et à la manière de l'interpréter »⁶⁹³. La meilleure façon de neutraliser cette méfiance, sera d'assurer, pour le droit marocain, une information fiable et claire sur la pratique judiciaire marocaine et sur les décisions rendues en matière familiale avec les explications nécessaires. Cela permettra au praticien français de comprendre au mieux le contexte et le raisonnement suivi dans les décisions judiciaires marocaines et d'éviter, de ce fait, la création de situations boiteuses à l'aide d'instruments qui permettent une meilleure coopération judiciaire entre les deux pays.

L'appréciation de la portée du Code marocain de la famille passe par la compréhension de son application par les magistrats marocains essentiellement pour les ressortissants marocains résidant en France. Il faut prendre cet élément en compte pour qualifier correctement les institutions du Code et apprécier les solutions dégagées par la jurisprudence marocaine *in concreto*. Cette manière de procéder permettra un véritable respect des différences entre les systèmes de droit impliqués en prenant en considération les limites imposées par le droit international privé français mais aussi les possibilités qu'il offre.

554. La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire a été signée par les deux pays

⁶⁹³ M.-C. FOBLETS et M. LOUKILI, op. cit., *Rev. crit. DIP.* 2006 p. 555.

afin de créer une coopération judiciaire et aussi de préserver l'identité nationale de chaque Etat signataire dans le respect des valeurs, mœurs, des cultures ou des religions. Elle a pour perspective, le respect des différences entre les deux systèmes et d'apporter des solutions aux conflits de lois entre eux. Mais l'application de la convention a ses limites.

B- Les apports et les limites de la convention franco-marocaine en matière de célébration du mariage

555. Il est inconcevable de traiter l'application en France du code marocain de la famille en matière de mariage sans consacrer une partie à la convention franco-marocaine du 10 août 1981⁶⁹⁴.

556. Le contexte de la signature de la convention était assez particulier. Au début des années quatre-vingt, la France connaissait, et connaît encore, un flux migratoire important avec de nombreux pays, dont le Maroc. Les unions mixtes commençaient à se développer de plus en plus, provoquant ainsi l'émergence du douloureux problème du déplacement illicite d'enfants des couples mixtes. Pour répondre à cela, la France signa de nombreuses conventions relatives à la coopération judiciaire portant sur l'enlèvement d'enfant. La signature de conventions internationales et européennes multilatérales sur l'enlèvement d'enfant⁶⁹⁵ et le droit de garde⁶⁹⁶ ne suffisait pas puisque de nombreux Etats concernés n'en étaient pas signataires. Aussi, la France signa des conventions bilatérales avec certains pays de l'Europe et du Maghreb.

La convention franco-marocaine s'inscrit dans ce contexte favorable à la signature des conventions. Toutefois, elle transcende la question de l'enlèvement ou de la

⁶⁹⁴ Voir : F. MONEGER, « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative aux statuts des personnes et de la famille. et à la coopération judiciaire art. précité.

⁶⁹⁵ Convention internationale de la Haye portant sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 6-25 octobre 1980. A lire sur le lien : <https://treaties.un.org/doc/Publication/Monthly%20Statement/1997/01/monstate.pdf>

⁶⁹⁶ Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde d'enfants du 20 mai 1980. A lire sur le lien : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/105.htm>

résidence de l'enfant. Elle a pour objet la famille dans son ensemble marquant ainsi sa large vocation.

557. Elle aborde des questions diverses relatives à la famille et à l'état des personnes et elle complète la convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 relative à l'aide mutuelle judiciaire et l'exequatur de jugements.

558. Il faut insister sur le fait que cette convention a pour objet principal, essentiellement du côté marocain, de garantir le respect de l'application du droit marocain à ses ressortissants résidant en France. Son préambule indique clairement :

« Le Président de la République française, Sa Majesté le Roi du Maroc,
- Constatant l'importance des relations personnelles et familiales entre les ressortissants des deux Etats et la nécessité de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leurs identités nationales ;
- souhaitant, en conséquence, établir des règles communes en conflit de lois et de juridictions en ce qui concerne le statut des personnes et de la famille ;
- désireux de renforcer les relations de coopération judiciaire entre les deux Etats pour mieux assurer la protection des enfants et des créances d'aliments ; on décide de conclure cette convention »⁶⁹⁷. Une telle perspective était capitale pour les autorités marocaines afin de garantir leur contrôle sur la vie familiale des MRE et plus particulièrement de la communauté marocaine installée en France.

559. La convention comporte des dispositions générales et d'autres particulières, énoncées dans des chapitres distincts. Ainsi, elle présente certaines généralités relatives au fonctionnement de la règle de conflit et au choix des règles de conflit comme celle disposant que « chaque personne reste soumise à sa loi nationale en matière d'état de personne et de capacité ». Une règle de droit commun qui se trouve aussi dans l'article 3 du Code civil français.

560. Une autre règle générale et usuelle qui s'avère d'une grande importance, est disposée par l'article 4 : « la loi de l'un des deux Etats désignés par la présente

⁶⁹⁷ Préambule de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981

convention ne peut être écartée par la juridiction de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ». Les dispositions de l'article 4 sont fondamentales. Elles permettent de prévenir les différences de système entre la France et le Maroc et les incompatibilités de conceptions. Elles permettent au juge, qui se trouve au cœur de la résolution des conflits de lois, d'écarter la loi étrangère au nom de l'exception d'ordre public. Ce dernier est une notion aux contours flous et indéterminés, en constante évolution, essentiellement en matière familiale⁶⁹⁸. Ce qui à une époque était considéré comme non contraire à l'ordre public peut le devenir en quelques années plus tard.

561. Pour ce qui est des dispositions particulières, la convention a pris le soin de les énoncer dans quatre chapitres distincts. Le premier porte sur le mariage, le deuxième sur la dissolution du mariage, le troisième sur la garde des enfants, le droit de visite et les obligations alimentaires et enfin le quatrième, aborde les dispositions finales.

C'est le premier chapitre traitant du mariage qui intéresse cette section. Lors de la formation du mariage, la convention consacre une application distributive des lois. Deux conditions sont à distinguer. Dès qu'il s'agit des conditions de fond du mariage, la convention renvoie à la loi nationale des époux. Lors du mariage mixte, il appartient au juge d'apprécier le respect de ces conditions au regard de chaque loi nationale. C'est ce que rappelle la Cour de cassation lors de son arrêt rendu le 11 mars 2009. En l'espèce, une Française ayant épousé un Marocain, a saisi le juge pour une demande de nullité du mariage pour défaut de consentement. Les juges du fond ont appliqué l'article 180 du Code civil. La décision a été cassée au motif « qu'il appartenait d'apprécier le consentement au mariage de ce dernier au regard de la loi marocaine ainsi désignée »⁶⁹⁹.

562. La convention et le droit international privé français maintiennent l'application de la loi nationale aux conditions de fond du mariage. Cela signifie également que pour apprécier le consentement de chaque époux, la loi nationale doit être appliquée. Ainsi, par exemple, si l'un des époux s'est marié uniquement en vue

⁶⁹⁸ B. BEIGNIER, « L'ordre public renaissant », famille., mars 2009, Repère n°3.

⁶⁹⁹ Civ. 1^e, 11 mars 2009, n°08-13390.

d'obtenir un titre de séjour, le mariage pourra être annulé sur le fondement de sa loi nationale, exigeant le consentement en vue du mariage. Une application systématique de la *lex fori* n'est pas envisageable.

563. En revanche, les conditions de forme du mariage sont soumises à la loi du lieu de sa célébration. Cette règle *locus regis actum* est parfois d'application complexe. Cela découle du fait que ce qui pourrait être considéré comme condition de forme en France et donc soumis à la loi du lieu de célébration, peut être considéré comme condition de fond au Maroc et donc soumis à la loi de la nationalité, par hypothèse, loi marocaine.

C'est un problème de qualification de certaines institutions qui peut engendrer des situations boiteuses des deux cotés. Si la France peut considérer la dot, la tutelle pour l'épouse mineure et la présence des deux adouls comme conditions de forme, au Maroc, elles sont considérées comme des conditions de fond. De la même manière, le mariage par procuration, admis au Maroc et interdit en France, pose le problème du conflit de qualification. En revanche, d'autres conditions sont considérées comme conditions de fond, tant au Maroc qu'en France: les empêchements au mariage et la capacité qui font également l'objet d'un conflit.

PARAGRAPHE II: Les conditions de validité du mariage marocain.

564. Les articles 5 et 6 de la convention franco-marocaine sont relatifs aux conditions du mariage. Ils distinguent entre les conditions de fond et de forme pour les soumettre à des lois différentes.

565. Ainsi l'article 5 traite des « conditions de fond du mariage, telles que l'âge matrimonial et le consentement de même que les empêchements, notamment ceux résultant des liens de parenté ou d'alliance, sont régis pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité »⁷⁰⁰. L'article 5 est le corollaire de l'article 1^{er}. L'aptitude au mariage est donc appréciée pour chacun des futurs époux d'après sa propre loi, aucun d'eux n'est tenu de satisfaire aux conditions

⁷⁰⁰ F. MONEGER, op. cit, *Rev. crit. DIP* 1984, p. 54

de fond requises par la loi de l'autre⁷⁰¹. L'application distributive des deux lois nationales n'est pas sans créer des difficultés. En effet, « il n'est pas toujours possible d'appliquer les deux lois indépendamment l'une de l'autre ; ceci se constate aussi bien pour les empêchements au mariage qui concernent les deux conjoints, que pour ceux qui heurtent l'ordre public du pays où est célébré le mariage »⁷⁰². Les empêchements bilatéraux⁷⁰³ concernant les deux époux s'inscrivent dans cette perspective. Ainsi, un Marocain ne peut contracter un mariage polygamique avec une Française alors que sa loi personnelle le lui permet et, au Maroc, une Marocaine musulmane ne peut s'unir avec un Français non musulman puisque c'est un empêchement de religion prohibant le mixage religieux inscrit dans la loi marocaine.

566. Les conditions de forme font l'objet de l'article 6 qui énonce comme principe que ces conditions sont régies par la loi de celui des deux Etats dont l'autorité célèbre le mariage. Mais ce principe, « pur et simple »⁷⁰⁴ est aménagé puisqu'une distinction s'opère selon que le mariage est mixte ou non. L'alinéa 2 prévoit le mariage consulaire c'est-à-dire la possibilité de faire célébrer son union par les fonctionnaires consulaires. Cette règle a comme finalité de contrer l'impérativité de la règle *locus regis actum* en droit français qui n'accepte que la forme civile du mariage. Ainsi, les Marocains qui contractent leur mariage en France, que ce soit un mariage entre Marocains ou avec un étranger non-français, vont généralement procéder à une double célébration, devant l'officier d'état civil compétent en premier puis devant les fonctionnaires consulaires⁷⁰⁵ en second pour éviter la nullité de leurs unions dans leur pays d'origine. Comme nous l'avons déjà vu, même avec les dispositions de l'article 14 et 15 du Code marocain de la famille actuel, cette règle est toujours en vigueur, pratiquée par les ressortissants marocains afin de garantir la validité de leur mariage sur le territoire marocain. Si le problème du mariage « mixte » n'est pas spécialement pris en considération par le législateur français, le droit marocain soumet ce mariage

⁷⁰¹ P. DECROUX, « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille. et à la coopération judiciaire », *J.D.I.*, 1985, p. 66.

⁷⁰² F. MONEGER, art. précité p. 54.

⁷⁰³ Voir LOUSSOUARN et BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, n°30.

⁷⁰⁴ P. DECROUX, op. cit. *J.D.I.*, 1985, p. 66.

⁷⁰⁵ Article 6 alinéa 2 de la convention franco-marocaine dispose « Chaque Etat peut décider que mariage dans l'autre Etat entre des époux qui possèdent tous deux sa nationalité sera célébré par ses fonctionnaires consulaires » ; voir Femmes marocaines : vos droits en France, http://www.amb-maroc.fr/Presence_marocaine/guidemaroc-web.pdf.

à des conditions particulières énoncées par le dahir du 4 mars 1960⁷⁰⁶. Le mariage doit d'abord être célébré dans la forme prévue par le statut personnel du conjoint marocain⁷⁰⁷ puis, si les conjoints le souhaitent, sous la forme civile à condition de présenter l'acte de mariage aux services consulaires⁷⁰⁸. Les parties sont soumises aux conditions de validité du mariage musulman avec tout ce que cela implique : l'existence de la dot, les deux témoins mâles et musulmans ainsi que le tuteur matrimonial pour l'épouse pas encore majeure. En revanche, la Française ayant sa majorité matrimoniale n'est plus soumise à l'exigence de désigner une personne pouvant jouer le rôle du wali. Grâce à la nouvelle règle du Code de la famille, elle peut contracter son mariage sans la présence du tuteur matrimonial.

567. Les rédacteurs ont fait un choix qui ne perd point de vue l'objectif premier de la Convention tendant vers la nécessité de conserver « aux personnes des principes fondamentaux de leur identité nationale ». Mais comme le remarque M. De Bottini « ce faisant, les rédacteurs ne font qu'entériner les droits communs des deux pays avec toutes les difficultés qui peuvent en résulter du fait de la nécessaire qualification du fond et de la forme »⁷⁰⁹. Cette remarque est pertinente dans la mesure où les problèmes de qualification surgissent pour donner lieu à des situations boiteuses essentiellement pour les marocains bipatrides, accumulant les deux nationalités, française et marocaine (I).

568. S'ajoute à cette difficulté, les dispositions concernant les conditions de fond considérées comme contraires aux valeurs fondamentales, défendues par le recours à l'exception de l'ordre public, qui se manifeste à propos de l'empêchement religieux qui donne lui aussi naissance à un mariage reconnu en France et nul au Maroc (II)

I - Le problème de qualification

569. Le Code marocain de la famille prévoit une section spéciale consacrée aux conditions de fond du mariage dans laquelle figure l'article 17 dédié au mariage par

⁷⁰⁶Dahir du 4 mars 1960 relatif à la célébration au Maroc des mariages mixtes.

⁷⁰⁷Article 2 ali. 1 du Dahir du 4 mars 1960

⁷⁰⁸Article 2 ali. 2

⁷⁰⁹ M. de BOTTINI, *Rev. crit. DIP.* 1970, p. 10

procuration. Cet article dispose que « le mariage est conclu en la présence de ses parties. Toutefois, mandat à cet effet peut être donné, sur autorisation du juge de la famille chargé du mariage, dans les conditions suivantes :

- L'existence de circonstances particulières empêchant le mandant de conclure le mariage en personne;
- Le mandat doit être établi sous la forme authentique ou sous-seing privé avec la signature légalisée du mandant;
- Le mandataire doit être majeur, jouir de sa pleine capacité civile et réunir les conditions de tutelle au cas où il serait mandaté par le tuteur matrimonial (wali);
- Le mandant doit indiquer dans le mandat le nom de l'autre époux, sa description et les renseignements relatifs à son identité ainsi que tout renseignement qu'il juge utile;
- Le mandat doit mentionner le montant du sadaq et en préciser, le cas échéant, ce qui doit être versé d'avance ou à terme. Le mandant peut fixer les conditions qu'il désire introduire dans l'acte et les conditions de l'autre partie, acceptées par lui;
- Le mandat doit être visé par le jugement de la famille précité après qu'il se soit assuré de sa conformité aux conditions requises ».

570. Comment comprendre les dispositions de l'article 17, essentiellement celles figurant dans son premier alinéa. Il ne faut pas oublier que cette disposition vise principalement les MRE. Elle leur permet de contracter un mariage même s'ils ne peuvent se déplacer et revenir au Maroc à cause d'une défaillance administrative se traduisant généralement par l'inexistence ou l'attente d'un titre de séjour. « Lors du débat au parlement, cette disposition a été maintenue pour « les cas exceptionnels d'impossibilité absolue pour l'une des deux parties d'être présente à la conclusion de l'acte. Il s'agit toujours d'assouplir les formalités du mariage pour les MRE » »⁷¹⁰.

Cette disposition ne se limite pas qu'aux MRE mais peut jouer pour les Marocains bipatrides, ayant la double nationalité marocaine et française, qui sont susceptibles de bénéficier des dispositions de l'article 17 et mandater une tierce personne après l'obtention de l'autorisation du juge marocain pour contracter un mariage au Maroc sans se déplacer.

⁷¹⁰ M.C. FOLETS et M. LOUKILIV, *op.cit.*, *Rev. crit. DIP.*, 2006, p. 532 .

571. Si d'autres États européens admettent le mariage par procuration telle la Belgique qui dispose à travers l'article 47 dernier alinéa du code du droit international privé « [...] le mariage peut avoir lieu par procuration », l'ordre juridique français adopte une autre solution. Le législateur français se méfiant des mariages contractés à l'étranger par l'intermédiaire de personnes mandatées créant des situations donnant droit au regroupement familial, a introduit l'article 146-1 dans le Code civil qui rend nul le mariage d'un Français à l'étranger hors sa présence.

572. La question concerne les Français qui ont aussi la nationalité marocaine. Que se passe-t-il dans le cas où un franco-marocain se marie par procuration au Maroc? Sachant que l'article 17 du code marocain de la famille entre dans le domaine des conditions de forme du mariage et donc soumis, d'après la convention franco-marocaine du 10 août 1981, à la loi du lieu de la célébration du mariage, le juge français considérera-t-il le mariage valable?

La réponse à cette question est fournie par la jurisprudence de la Cour de cassation dans un arrêt du 15 juillet 1999⁷¹¹. Cette jurisprudence est l'exemple par excellence démontrant que le problème de qualification modifiant la règle de conflit applicable engendre des situations assez boiteuses.

Il s'agit, justement, dans ce cas, d'un binational franco-marocain qui a mandaté son frère pour la conclusion d'un mariage avec une ressortissante marocaine au royaume chérifien. Mettant en avant la seule nationalité française du mari, le ministère public en déduit que le comportement de l'intéressé tombait sous le coup de l'article 146-1 du Code civil. S'appuyant alors sur l'article 184 du Code civil⁷¹² dans sa nouvelle rédaction, il intenta une action en nullité devant le Tribunal de Toulouse⁷¹³. La

⁷¹¹ C. cass. 15 juillet 1999, *Pet. Aff.* 25/02/2000, p. 20, note J. MASSIP « Nullité du mariage d'un français célébré à l'étranger par procuration ».

⁷¹² Article 184. C.civ., « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 146, 146-1, 147, 161, 162 et 163 peut être attaqué, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration, soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public. », modifié par la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 - art. 7.

⁷¹³ Il faut prendre en considération le délai entre la conclusion du mariage et l'action intentée par le ministère public demande de la nullité qui dépassait un an, Le recours à ce texte se déduit de cette durée. L'article 190-1 du Code civil n'était plus susceptible d'être appliqué. Sur les controverses relatives au choix des textes permettant de demander la nullité du mariage par procuration, voir la note précitée de M. Vareilles-Sommières, sous Paris 2 octobre 1997.

demande est néanmoins rejetée par les juges du fond qui font, pour l'occasion, un usage relativement ambigu de la notion d'équivalence⁷¹⁴ : le mariage serait, en effet, valable « tant au regard de la loi marocaine que de la législation française ».

573. Sans doute le tribunal fait-il ici référence non aux règles matérielles qui divergent considérablement, mais aux règles de conflit françaises et marocaines qui sont unifiées en vertu de la convention franco-marocaine du 10 août 1981. La Cour de cassation avait une autre réponse. Elle casse le jugement rendu le 13 octobre 1997 par le tribunal de grande instance de Toulouse en s'appuyant sur l'article 146-1 du Code civil et l'article 5 de la convention franco-marocaine du 10 août 1981. Selon les hauts magistrats, « au terme du premier de ces textes, intégré par la loi du 24 août 1993 dans le chapitre premier du titre cinquième dudit Code intitulé « des qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage », « le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence»; qu'il s'agit, désormais, d'une condition de fond du mariage régie par la loi personnelle ».

574. Généralement, le mariage par procuration est rattaché aux formalités de célébration du mariage, il est appréhendé comme une question de forme soumise en tant que telle à la maxime *locus regit actum*. La solution est même retenue dans les systèmes qui imposent la comparution personnelle des époux lors de l'échange des consentements, ce qui les conduit à admettre que leurs ressortissants puissent se marier par procuration dès lors que le mariage est conclu dans un État qui admet cette forme de célébration⁷¹⁵. Prenant appui sur les décisions étrangères, la doctrine française enseigne à son tour que le mariage par procuration relève de la règle de conflit applicable à la forme du mariage⁷¹⁶. La première Chambre civile de la Cour

⁷¹⁴ A propos de laquelle, Voir note B. ANCEL et H. MUIR WATT, ss Civ. 1re, 13 avril 1999, R. 1999.698.

⁷¹⁵ En Belgique : Trib. civ. Liège, 3 février 1966, *Rev. crit. jur. belge*. 1970. p. 227 ; Trib. civ. Bruxelles, 18 décembre 1990, JT 1991, 242. Pour les solutions jurisprudentielles en Grande-Bretagne allant dans le même sens, voir CHESHIRE, *Private international law*, 12e éd par North et Fawcett, p. 575 ; et pour les solutions du droit allemand : E. RASLER, *La célébration du mariage en droit international privé*, thèse multig, Paris II, p. 320, note 759. Pour un exposé d'ensemble de droit comparé, voir F. RIGAUX, *Le statut de la représentation, étude de droit international privé comparé*, E.J. Brill, Leiden, Netherlands 1963, p. 73 et s.

⁷¹⁶ BATIFFOL et LAGARDE, *Traité de droit international privé*, tome II, 7e éd, n° 426 ; BISCHOFF, « Le Mariage », *Rép. Dalloz, Dr. Int.* n° 116 et n° 143 ; d et BOUREL, *Droit international privé*, 6e éd, Dalloz, 1999, n° 296, MESTRE, J. Cl. *Droit international*, fasc. 546-20, n° 125. Contra E. RALSER, « La célébration du mariage en droit international privé », y voit une question de fond, op. cit., n° 428, p. 321.

de cassation dans sa décision du 15 juillet 1999 a rompu avec cette harmonie des solutions en décidant que la présence des époux lors de la célébration du mariage est une condition de fond et non de forme et elle a eu l'occasion de le confirmer par autre arrêt du 28 mars 2006⁷¹⁷.

575. La haute juridiction imprime la solution par un arrêt de principe grâce à sa formulation et le choix de l'adverbe « désormais ». Ce changement de qualification afin d'éviter la loi marocaine est cardinal pour la compréhension de l'importance de l'exercice dans le processus de la détermination de la loi applicable. Mais le procédé suivi par la Cour de cassation engendre des incertitudes (A) amenant à se demander si elle ne pouvait pas arriver à cette fin en procédant autrement (B).

A- Les incertitudes du changement de qualification

576. Les raisons qui ont guidé la haute juridiction à changer la qualification ne sont pas toujours convaincantes. Ils ne peuvent répondre qu'à un seul but, celui d'éviter la loi marocaine et appliquer la loi française. La Cour par l'arrêt du 15 juillet 1999⁷¹⁸, crée des incertitudes qui affectent la distinction entre les conditions de fond et de forme (1) sans prendre en considération les implications qui s'y attachent (2).

1-La difficile distinction entre les conditions de du fond et conditions de la forme

577. La pertinence de la qualification retenue par la Haute juridiction ne peut se mesurer sans la distinction de la forme et du fond en droit international privé. Les difficultés viennent essentiellement des inconvénients qu'il peut y avoir à soumettre à des lois différentes des questions qui sont intimement liées plus que de l'incertitude des critères de distinction. Elles sont « exacerbées par l'utilitarisme qui guide souvent le choix de la qualification et qui conduit à opérer celle-ci en fonction de la loi que l'on désire appliquer »⁷¹⁹.

⁷¹⁷ C. cass. 28 mars 2006, *Gaz.Pal* 20/10/2006, note J. MASSIP, p. 22.

⁷¹⁸ Arrêt précité.

⁷¹⁹ V. DELAPORTE, *Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé*, thèse multig, Paris I, 1974, spéc. n° 134 p. 244.

578. De fait, il s'agit plutôt de préciser les concepts de forme et de fond de manière indépendante du choix de la loi applicable. Malgré les convergences entre les auteurs, il est sous-entendu par tous, que la forme est un mode d'extériorisation de la volonté, qu'elle désigne « l'ensemble des comportements extérieurs et tangibles imposés à l'auteur d'une manifestation de volonté juridique »⁷²⁰. Le fond serait, par opposition « tout ce qui dans un acte juridique touche à la personne (capacité, pouvoir) à son consentement, au contenu de l'acte »⁷²¹. On dit encore que relève du fond « tout ce qui a trait à la substance de l'opération considérée et relèverait de la forme ce qui contribue seulement à la mise sur pied de cette opération »⁷²².

579. Grâce à ces définitions, il est possible d'en déduire que les dispositions de l'article 146-1 du Code civil exigeant la présence des époux au cours de la cérémonie du mariage fassent partie du chapitre consacré aux conditions de forme du mariage comme le rappellent l'ensemble des ouvrages de droit⁷²³. La présence des époux au mariage, même s'il s'agit d'une exigence imposée par la loi française reste un mode d'extériorisation de la volonté et donc ne peut être considérée que comme une condition de forme et non comme une condition de fond.

La Haute juridiction justifie sa décision par la volonté de garantir l'intégrité du consentement, la liberté matrimoniale et essentiellement vers la lutte contre les mariages de complaisance. Reste que ces arguments ne peuvent être suffisants pour justifier la modification de qualification. Malgré l'intimité des liaisons entre les règles de fond et de forme, chacune d'elles garde son propre fonctionnement et but. C'est ce que rappelle M. Delaporte selon lequel les formes en elles-mêmes sont neutres, qu'elles n'ont pas de justifications autonomes et qu'elles sont au service du fond. La raison d'être « d'une règle de forme se trouve non dans la forme elle-même qui, prise isolément, n'a aucun sens mais dans d'autres règles que la forme sert à

⁷²⁰ Voir. DELAPORTE, op. cit., n° 133, p. 243.

⁷²¹ *Vocabulaire juridique*, association H. Capitant, sous la direction de G. CORNU, 6e éd., 1996.

⁷²² P. LOUIS-LUCAS, « La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois », *Mélanges Maury*, Dalloz et Sirey, 1960, tome 1, p. 175, spéc. p. 191. Pour un exposé des différentes conceptions du fond et de la forme, v. E. RALSER, op. cit., n° 247, p. 190.

⁷²³ Voir notamment HAUSSER et HUET-WEILLER, *La famille, Fondation et vie de la famille*, LGDJ 1993, n° 194, p. 90 ; MALAURIE et AYNES, *Droit civil, famille*, Cujas, 6e éd, 1998, n° 184, p. 104 ; TERRE et FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 6e édition 1996, n° 367, p. 293.

mettre en œuvre. Il y a donc un lien indivisible entre la règle de fond qui détermine le but à atteindre et la règle de forme qui concourt à sa réalisation »⁷²⁴.

La Cour de cassation a retenu par l'arrêt du 15 juillet 1999⁷²⁵ une solution à rebours de ces considérations en justifiant ce changement de qualification par le texte de l'article 146-1 intégré par la loi du 24 août 1993 au chapitre « des qualités et des conditions requises pour pouvoir contracter mariage ». Partant, il faudrait voir désormais dans l'exigence de comparution personnelle des époux une condition de fond du mariage⁷²⁶.

Le Code civil dans ses dispositions relatives à l'établissement de l'acte de mariage et au déroulement de la cérémonie (art 63 à 77 C. civil) qui se situent dans le chapitre relatif aux actes de mariage, ne distingue pas entre les conditions de forme et celles de fond. Le texte reste flou sur la nature des conditions requises pour pouvoir contracter mariage⁷²⁷.

580. L'argument reste ainsi déroutant. En particulier, en ajoutant le fait que la distinction des deux notions n'a qu'une vertu purement didactique dans l'ordre interne influe nécessairement sur l'agencement des textes du Code civil où se côtoient souvent au sein d'un même chapitre règles de forme et règles de fond. Le changement de qualification opéré par la Haute juridiction ne peut pas être seulement déterminé par la rédaction du premier chapitre du titre consacré au mariage du Code civil. Il s'agit certainement de la volonté de diluer la loi marocaine afin de préserver les impératifs de l'ordre juridique français. Ainsi, « c'est le caractère fonctionnel de la qualification qui, une fois de plus, vient brouiller les critères de distinction habituels de la forme et du fond »⁷²⁸. La démarche retenue reste maladroite, même si elle obéit à un but tout à fait compréhensible, elle produit ici deux conclusions avec des conséquences non négligeables en ce que le choix de la qualification heurte à la fois le droit conventionnel, et, ce qui est plus paradoxal, le droit français lui-même.

⁷²⁴ DELAPORTE, op. cit., n° 132

⁷²⁵ Arrêt précité.

⁷²⁶ C. cass. 28 mars 2006, arrêt précité.

⁷²⁷ L. GANNAGE, « Nullité du mariage d'un français célébré à l'étranger par procuration », *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 212.

⁷²⁸ L. GANNAGE, op. cit., p. 212

2- Les implications de la nouvelle qualification

581. Pour justifier sa décision, la Cour de cassation ne s'appuie sur l'article 146-1 du Code civil mais elle a pris aussi la précaution de se référer aussi à l'article 5 de la convention franco-marocaine⁷²⁹. La Cour a mis en avant l'article consacré aux conditions de fond alors que c'est l'article 6 de la même convention qui envisage indirectement les modalités de la représentation des époux en tant que condition de forme en traitant le thème, aujourd'hui caduque, de la représentation de la femme française par le wali lors du mariage sur le territoire marocain. C'est un argument pertinent en faveur de l'insertion des modalités de la représentation du couple dans le chapitre consacré aux conditions de forme et non aux conditions de fond du mariage. Aucun argument ne justifie par contre, ni la mise à l'écart de l'article 6, ni la référence à l'article 5, puisqu'il est évident que, dans l'esprit des rédacteurs de la convention, la présence des époux et les modalités de leur représentation sont des questions de forme du mariage soumises en tant que telles à la loi du lieu de la célébration.

582. Même si les juges de la Cour de cassation cherchaient la mise à l'écart de la loi marocaine, le changement de qualification reste un procédé très discutable dans la mesure où il est admis que lorsque la qualification d'une question de droit intervient en présence d'une convention internationale, les concepts du for doivent, autant que possible, s'effacer au profit des concepts retenus par les rédacteurs du traité⁷³⁰. A cet égard, la convention franco-marocaine est très claire. Elle plaidait assez nettement en faveur de l'insertion des questions relatives à la comparution personnelle des époux au sein des conditions de forme du mariage et cette disposition doit être respectée par les deux Etats signataires.

583. Ainsi, il paraît évident que la Cour de cassation a violé la convention franco-marocaine en s'abstenant de prendre en considération l'esprit même du texte. Sa décision a paradoxalement reçu un démenti immédiat dans l'ordre juridique français lui même.

⁷²⁹*Ibid.* p. 213

⁷³⁰LOUSSOUARN et BOUREL, « Droit international privé », Dalloz, 6e éd, n° 195, p. 215.

584. Suivant le raisonnement de la Haute juridiction, l'exigence de la présence des époux est "désormais" une condition de fond et non de forme du mariage et donc elle relève de la loi personnelle de chacun des époux. Imaginons la situation suivante, comme le mariage par procuration est permis par la loi marocaine, les Marocains, voulant user de cette option peuvent se marier en France sans qu'ils soient présents et en mandatant une tierce personne pour la conclusion du pacte matrimonial devant un officier d'état civil français puisque c'est la loi marocaine qui se trouve compétente. Cette situation paraît impossible, elle n'est même pas envisageable. La règle *auctor régit actum* impose, en effet, à l'officier d'état civil de respecter les dispositions de la loi qui l'a institué. Or, bien avant l'entrée en vigueur de l'article 146-1 du Code civil, il était admis sur le fondement de l'article 75 que la célébration du mariage ne pouvait avoir lieu hors la présence de chacun des époux. C'est dire que la solution de la Cour de cassation bute ici sur des dispositions de la loi française, dont nul ne conteste qu'il s'agit de conditions de forme et qui s'imposent en toute hypothèse à l'officier d'état civil⁷³¹.

585. Pour se prémunir contre cette injonction, le changement de qualification opéré par la Cour ne visait que les Français. La présence personnelle des étrangers à la cérémonie du mariage reste analysée en tant que condition de forme. Cette déduction formulée par Mme GANNAGE⁷³² paraît surprenante mais elle répond parfaitement à l'équivoque qui entoure l'opération de qualification menée par la Cour de cassation.

Reste qu'une ambiguïté affecte l'objet de la qualification. En se fondant directement sur l'article 146-1 du Code civil pour considérer « qu'il s'agit désormais d'une question de fond », la Cour a qualifié la règle de droit et non la question de la présence des époux à la célébration du mariage, ainsi la présence de chacun des époux sera considérée comme une condition de fond ou de forme selon leur nationalité. Cette démarche unilatéraliste restreint l'objet de la qualification en le calquant sur celui de la règle elle-même puisque l'article 146-1 ne vise que la seule présence des époux français à la cérémonie du mariage et non des époux étrangers⁷³³. Cette analyse est

⁷³¹ L. GANNAGE, op. cit., p. 214

⁷³² *Ibid.* p. 214.

⁷³³ *Ibid.*

surprenante puisqu'elle reviendrait en effet à faire varier la qualification d'une même question de droit en fonction de la nationalité des intéressés et « l'on assisterait à l'avènement pour le moins inattendu d'une nouvelle catégorie de privilèges : celle des privilèges de qualification. Il y avait assurément d'autres moyens de fonder la compétence de la loi française »⁷³⁴.

B- Vers un autre procédé

586. Ce revirement méthodologique consacré donne lieu à de nombreuses incertitudes. Les magistrats de la Cour de cassation semblent opérer un changement de qualification en subordonnant l'application du texte à la désignation préalable de la loi française.

La conséquence de cette opération est de considérer cet article comme une règle matérielle qui ne pourrait être mise en œuvre qu'avec le relais de la règle de conflit et par conséquent, ne pourrait être assimilée à une loi de police⁷³⁵. Mais le fait que le texte de l'article 146-1 ne s'intéresse qu'aux époux français ainsi que le rattachement qu'il comporte à l'ordre juridique français, l'apparenterait davantage à une loi d'application nécessaire qu'à une règle matérielle.

587. Généralement, la règle matérielle se préoccupe, en effet, d'apporter une solution consistante à une situation internationale, abstraction faite des liens qu'entretient celle-ci avec le for⁷³⁶. Ces incertitudes montrent peut être que la distinction des règles matérielles et des lois de police est parfois moins aisée qu'il n'y paraît et dans ce cas, cela prête à confusion. Le critère de cette distinction ne peut être recherché que dans l'objectif poursuivi par la règle de droit international privé. Or, ce qui permet, dans cette perspective, de distinguer fondamentalement les règles matérielles des lois de police est le fait que les secondes sont animées par le souci de garantir l'emprise de l'intérêt étatique sur le règlement des situations de droit privé⁷³⁷.

⁷³⁴ L. GANNAGE, op. cit., p. 114.

⁷³⁵ BISCHOFF, *Rép. Dalloz, Dr. Int, Mariage*, n° 116 ; LOUSSOUARN et BOUREL, *Droit international privé*, 6e éd, Dalloz, n° 296 ; VAREILLES-SOMMIERES, note précitée p. 432, n° 24.

⁷³⁶ L. GANNAGE, op. cit., p. 114.

⁷³⁷ ANCEL et LEQUETTE, observations sous l'arrêt *Galakis*, G.A, n° 44, p. 343, spéc. p. 349, n° 11.

Car s'il est vrai que certaines lois de police poursuivent parfois un but de protection individuelle⁷³⁸, notamment dans le domaine de la forme des actes, il reste qu'elles ne méritent le label de lois de police que parce que derrière la protection individuelle se profile le souci de protection « d'un intérêt hautement collectif »⁷³⁹. Cette emprise de l'intérêt collectif est plus caractéristique des lois de police est demeure étrangère à la règle matérielle en dépit de la diversification des domaines d'intervention qui étaient traditionnellement les siens.

588. Il est vrai que l'exigence, imposée par l'article 146-1 du Code civil, de la présence personnelle des époux à la cérémonie du mariage ne poursuit non seulement le but d'une protection individuelle afin de garantir l'intégrité du consentement et assurer par là même la liberté matrimoniale de celui qui s'engage. Mais elle le dépasse pour garantir un intérêt étatique et par conséquent avoir la physionomie d'une loi de police donc d'application nécessaire. La transposition de la règle dans l'ordre international anime une préoccupation qui met directement en cause les intérêts étatiques.

589. Les mariages de complaisance sont liés à la possibilité d'acquérir la nationalité française, les limiter est, en effet, un moyen de lutter contre les fraudes aux règles relatives à l'acquisition de la nationalité française. Que ces règles, qui déterminent en « les conditions de l'appartenance juridique d'une personne à la population constitutive d'un État »⁷⁴⁰, intéressent au plus haut point l'État lui-même relève d'un pléonasma⁷⁴¹.

Cette analyse, comme le signale Mme GANNAGE⁷⁴², ne manquerait pas de caractériser un certain absolutisme des solutions du droit international privé français en matière de mariage. La jurisprudence impose aux étrangers qui se marient en France une célébration sous les seules exigences de la loi française puisqu'elle ne reconnaît plus le caractère facultatif de la règle *locus regit actum*⁷⁴³. En revanche,

⁷³⁸ MAYER, « Droit international privé », n° 123, p. 81.

⁷³⁹ B. GOLDMAN, note sous Paris, 28 avril 1959, JDI 1960, p. 130 et s, spéc. p. 144.

⁷⁴⁰ BATIFFOL et LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8^{ème} éd., n° 59, p. 95.

⁷⁴¹ L. GANNAGE, op. cit., p. 216

⁷⁴² *Ibid.*

⁷⁴³ Cr. cass. 15 juillet 1999, arrêt précité.

comme certaines règles françaises devraient être respectées même à l'extérieur de la France, l'impérativité de la règle se trouverait atténuée.

En évitant l'application immédiate de la loi française, la Cour échappe à ces griefs et le changement de qualification intervient pour permettre d'imposer la règle de l'exigence de la présence personnelle des époux lors de la cérémonie du mariage par l'intermédiaire de la méthode conflictuelle. Sauf que le changement de qualification créant ainsi une dénaturation des concepts de fond et de forme n'était pas nécessaire. Mme. GANNAGE propose un affinement de la qualification traditionnellement opéré pour le mariage par procuration qui aurait pu donner le même résultat⁷⁴⁴.

La Haute juridiction, même en s'éloignant des solutions du droit comparé, a donné une réponse obéissant à une démarche analogue puisqu'elle appréhende le mariage par procuration comme un ensemble indivisible relevant dans son entier soit de la catégorie de forme soit de la catégorie de fond. Mme GANNAGE, explique que cette approche est inadaptée puisqu'elle à un caractère monolithique. Si les exigences de l'article 146-1 sont des règles relevant du fond, cela ne fait que prolonger une règle non écrite : celle de la prohibition de la représentation dans le domaine du mariage. Cette question touchant à « la licéité de la représentation »⁷⁴⁵, constitue, en elle-même, une condition de fond. Bien avant le souci de lutter contre les unions de complaisance, elle traduit en matière de mariage, la volonté de garantir une intégrité renforcée du consentement. Mme GANNAGE⁷⁴⁶ évoque en particulier l'assurance que les époux puissent changer d'avis jusqu'à la dernière minute. Leur comparution personnelle constitue alors le gage de la sincérité de leur adhésion⁷⁴⁷ et plus loin celui de la liberté matrimoniale.

590. Sans aucun doute, c'est les règles de forme qui mettent en place les modalités de la représentation ou celles de la comparution personnelle des époux. Mais ces

⁷⁴⁴ *Ibid.*

⁷⁴⁵ Sur la loi applicable à la licéité de la représentation, et sur les incidences de cette question dans le domaine des mariages par procuration, Voir F. RIVAUX, « Le statut de la représentation », *op. cit.*, p. 73 et s. L'auteur observe que la question de la licéité de la représentation échappe au statut de la représentation elle-même pour relever de la loi de l'opération principale, mais constate également que cette démarche qui est consacrée à propos de l'ensemble des actes juridiques conclus par représentation n'est pas retenue dans le domaine des mariages par procuration.

⁷⁴⁶ L. GANNAGE, *op. cit.*, p. 217

⁷⁴⁷ Voir en ce sens J. HUET, *Les contrats spéciaux*, LGDJ 1996, n° 31 165.

règles ne vont pas jusqu'à s'assurer de l'authenticité du consentement qui est traduite par le principe de la licéité ou de la prohibition de la représentation. Cette question relève plus des qualités requises du consentement, donc de la substance même de l'acte et par conséquent relève plus d'une question de fond.

591. Sauf que cette analyse est différente de celle faite par les systèmes juridiques qui autorisent le mariage par procuration, celui-ci est évoqué de deux manières selon que l'on envisage la question dans le prolongement des qualités requises du consentement ou dans celui des modalités de célébration du mariage. Ainsi le juge marocain examinera différemment le mariage par procuration selon si la question touche la licéité du consentement et dans ce cas c'est un problème de manque aux conditions de fond ou la question touche les modalités de la célébration ce qui traite des conditions de forme.

Mme GANNAGE⁷⁴⁸ fait même l'analogie entre le mariage par procuration et posthume en matière de droit international privé. Elle avance que « dans la mesure où, à l'instar des mariages par procuration, les mariages posthumes, sont célébrés, par la force des choses, hors la présence de l'un des époux. Or, la doctrine française, distingue bien, au sein du mariage posthume, la possibilité même de la célébration, qualifiée de question de fond et soumise à la loi nationale du conjoint décédé et les modalités de la célébration, qualifiées de condition de forme et soumises à la loi du lieu de célébration »⁷⁴⁹. L'auteur prend appui sur une décision rendue par les tribunaux belges⁷⁵⁰ et peut paraître pouvoir être étendue aux mariages par procuration.

592. Le mariage par procuration ne peut être traité de manière indivisible même s'il est possible d'objecter que la question de la licéité du mariage par procuration et celle de ses modalités d'organisation sont trop étroitement liées et que par conséquent il serait difficile l'on puisse les sectionner et les soumettre à deux lois différentes,

⁷⁴⁸ L. GANNAGE, op. cit., p. 217

⁷⁴⁹ Voir. en ce sens : BISCHOFF, « Mariage », *Rép. Dalloz, Dr. Int.* n° 55 ; et pour l'assimilation de la possibilité même du mariage posthume à une question de fond : BATIFFOL et LAGARDE, *Traité de droit international privé*, tome II, 6e éd, n° 415 note 4 bis ; J. MESTRE, *J. Cl. « Droit international »*, fasc. 546-20, n° 128.

⁷⁵⁰ T. civ. Arlon, 16 janvier 1973, *Revue* 1973.322, note M. VERWILGHEN.

sans susciter de redoutables problèmes de coordination. Reste que le mariage, de façon générale est soumise une fraction au sein de deux catégories différentes. C'est ce fractionnement originaire qui suscite le conflit de qualifications. Le fait de considérer le mariage par procuration sans se référer à ces deux fractions ne fera que proliférer des situations boiteuses. Alors que si le mariage par procuration et ses modalités obéissent à deux catégories distinctes, cela permettra de les envisager chacune par une règle de conflit de lois⁷⁵¹ et il ne serait plus question d'un conflit de qualification.

593. En plus du problème de la qualification, les conditions de fond du mariage marocain comportent une règle qui est considérée comme choquant l'ordre public international. Cette règle concerne l'interdiction du mariage entre une marocaine musulmane et un non-musulman.

II- L'intervention de l'ordre public : le cas de l'empêchement religieux

594. L'application du droit marocain dans l'ordre juridique français ne se heurte pas seulement à un conflit de qualification éludant la loi marocaine en faveur de la loi du for, elle peut être écartée au nom de l'ordre public chaque fois qu'elle est contraire à un principe considéré comme fondamental. Dans cette phase qui intéresse particulièrement cette partie, c'est-à-dire la formation et la célébration du mariage, la liberté du mariage est en cause. Ainsi, le juge français s'opposera à toute règle instaurant des empêchements au mariage de nature religieuse.

595. Le mariage d'une marocaine musulmane avec un non-musulman ne pose aucune difficulté particulière puisque les règles du droit international privé français permettent de traiter ce genre de question (A). Le problème principal se pose dans le cas où les conjoints décident de retourner au Maroc, pays de l'épouse (B)

A- Les règles du droit international privé français

⁷⁵¹ Sur le rôle susceptible d'être reconnu à la loi personnelle, voir F. RIGAUX, *Le statut de la représentation*, op. cit. p. 77.

596. Retour à la convention franco-marocaine et plus particulièrement à son article 5. Il dispose, comme l'article 3 alinéa 3 du Code civil, que les conditions de fond du mariage sont soumises à la loi nationale de chacun des futurs époux par application distributive de leurs lois personnelles respectives⁷⁵². Mais si cette loi étrangère contient des dispositions contraires aux valeurs fondamentales françaises, elle se trouvera écartée au nom de l'ordre public international français. L'empêchement religieux exigé par le droit marocain interdisant tout mariage entre une ressortissante marocaine musulmane et un non musulman est incontestablement contraire aux valeurs fondamentales françaises touchant la liberté matrimoniale⁷⁵³. L'instruction générale relative à l'Etat civil prévoit que « le mariage sera néanmoins célébré à la requête des futurs époux selon la loi française, les requérants étant avertis que leur union risque de ne pas être reconnue à l'étranger »⁷⁵⁴.

597. Pour ce qui est de la jurisprudence française, elle reste constante sur ce point. Les prohibitions étrangères qui restreignent la liberté du mariage sont écartées par les juges parce que contraires à l'ordre public international⁷⁵⁵. La Cour d'appel de Paris a repris cette solution dans une décision rendue le 9 juin 1995⁷⁵⁶ à l'occasion d'une affaire où le mari français prétendait que son mariage avec une Marocaine avait été contracté dans le seul but de permettre à cette dernière d'acquérir la nationalité française. Il a voulu prouver la nullité de son mariage en s'appuyant sur le droit marocain qui prohibe le mariage entre une Marocaine musulmane et un non-musulman. La Cour d'appel, tout en rappelant que l'application distributive de la loi nationale de chacun des époux, elle précise expressément que « l'ordre public français s'oppose à tous les obstacles de nature religieuse qu'une loi étrangère établit à

⁷⁵² D. HOLLEAUX et J. FOYER, G. GEOUFFRE de LA PARADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 1141; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 2004, 8ème éd., n° 301; P. MAYER, V. HEUZE. op. cit. n° 549 ; H. BATTIFOL, P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, n° 410; B. AUDIT, op. cit., n° 645.

⁷⁵³ J. DEPREZ, « Statut personnel et pratique familiale des étrangers musulmans en France, aspects de droit international privé » in *Famille., Islam, Europe, le droit confronté au changement*, sous la dir. de M.-C. FOBLETS, l'Harmattan 1996, p. 57, spéc. p. 66.

⁷⁵⁴ H. BATTIFOL, P. LAGARDE, op. cit., n° 413.

⁷⁵⁵ Tri. Civ. Pontoise, 6 août 1885, p.296; Paris 15 novembre 1922, *Clunet* 1923, p. 85; Paris 17 novembre 1922, *Recueil périodique et critiques* Dalloz 1923. 2. 59, Sirey 1924. 2. 65, *Clunet* 1923, p. 85.

⁷⁵⁶ C. A. Paris, 9 juin 1995, *D.* 1996. Somm. comm., p. 171, observation B. AUDIT.

l'encontre de la liberté matrimoniale, telle la loi marocaine qui interdit le mariage d'une Marocaine musulmane et un non-musulman »⁷⁵⁷.

Certains auteurs expliquent cette constance en relevant que « la tendance des tribunaux est ici de ne pas tenir compte des lois étrangères dont l'application en France pourrait causer un scandale parce qu'elles contredisent notre ordre moral ou social en prescrivant des conditions ou des faits portant atteinte au principe de la liberté ou de la laïcité du mariage »⁷⁵⁸.

598. Si ce type d'union peut être célébrée et ne pose pas de problème particulier en France, la situation est complètement différente au Maroc, pays d'origine de l'épouse. Cette dernière se trouve face à une situation où son mariage ne produit aucun effet même avec l'existence de la convention franco-marocaine qui ne lui apporte aucune solution face au déni juridique envers son mariage au Maroc.

B- Le problème lié à la non-reconnaissance du mariage au Maroc

599. Le mariage d'une marocaine musulmane avec un non-musulman en France en méconnaissance de la loi personnelle de l'épouse donne irrémédiablement lieu à des situations boiteuses. Les règles du droit international privé sont incapables de résoudre cette situation dès lors qu'il s'agit de lois appartenant à des systèmes juridiques de traditions fort éloignées et qui s'accrochent, chacun de son côté, à ses principes considérés comme fondamentaux.

600. La convention franco-marocaine a pour but d'harmoniser les solutions. Elle n'a pas la prétention d'être la panacée mais elle offrait l'opportunité de discuter franchement de certains problèmes importants en pratique comme le problème posé par l'empêchement religieux. Sauf que ce traité bilatéral n'a fait que confirmer la précarité de ces unions fragiles.

601. L'application de l'article 5 de la convention franco-marocaine concernant les conditions de fond est éclipsée par l'article 4 de la même convention qui réserve le

⁷⁵⁷ Si finalement la Cour s'est prononcé sur la nullité du mariage, c'est parce qu'elle a estimé que celui-ci n'a jamais eu lieu, aucune vie commune entre les époux n'a pu être constatée.

⁷⁵⁸ Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. de VAREILLES-SOMMIERES, op. cit., n° 306

jeu de l'ordre public afin d'écartier les dispositions du droit marocain contraires aux principes fondamentaux du droit français. De son côté, le juge marocain, n'hésitera pas à annuler ce mariage puisqu'il ne respecte pas une des conditions de fond prévue par la loi marocaine, et ce en application de l'article 5 de la convention. Autant dire que cette dernière n'apporte aucune solution et qu'elle ne règle nullement la question. Les risques inhérents de se retrouver face à un mariage boiteux sont inéluctables : valable en France, le mariage est nul au Maroc.

602. De même, sur le plan judiciaire, même si la nullité est prononcée par les juridictions marocaines, n'a aucune chance d'être reconnue ou exécutée en France⁷⁵⁹. Si l'un des époux demande la nullité de ce mariage au Maroc, celui-ci ne pourra pas s'en prévaloir en France. Dans ce cas précis, l'application distributive des lois nationales de chacun des futurs époux ne résout en rien les difficultés soulevées par ce type de mariage⁷⁶⁰. Les Français non-musulmans se trouvent donc devant une seule solution pour éviter cette situation. Ils sont obligés de se convertir à l'Islam afin d'éviter un mariage boiteux et inexistant dans le pays de leurs femmes.

603. Ainsi l'empêchement religieux déclenche l'intervention de l'exception de l'ordre public, reste que ses effets n'ont aucune conséquence sur le territoire français, la marocaine qui souhaite se marier avec un non-musulman peut toujours le faire en France. Ce n'est pas le cas d'une autre institution qui fait aussi partie des règles traitant de la formation du mariage marocain et qui est aussi contraire à l'ordre public mais tendant à avoir des effets en France. Il s'agit de la polygamie.

SECTION II : La polygamie marocaine face au droit international privé français

604. Malgré les innovations apportées par le code marocain de la famille en 2004, la polygamie reste une institution à part entière du droit marocain, même si elle est désormais soumise à des conditions qui rendent sa pratique plus restrictive. Par conséquent, comme cela a été souligné dans le titre précédent, cette dernière, bien

⁷⁵⁹ P. DECROUX, op. cit., p. 68

⁷⁶⁰ F. MONEGER, op. cit., p. 57.

que de plus en plus rare, garde toute sa place dans les pages du code marocain. Le législateur ne pouvait pas mettre fin à ce mode de mariage permis par la loi divine. C'est à la justice marocaine que revient le contrôle afin de diminuer la fréquence des mariages polygames et la bataille sera gagnée lorsque ce modèle familial deviendra de plus en plus une exception dans la société marocaine.

605. Pour ce qui est des Marocains résidant à l'étranger, plusieurs éléments participeront à la fin de la polygamie marocaine sur le territoire français. Cela se réalisera aussi bien grâce aux restrictions marocaines que par celles prévues par le droit français (paragraphe II) ainsi que par la CEDH (paragraphe III). Mais avant de traiter ce point, il faut comprendre ce qu'est le mariage polygamique selon le droit français (paragraphe I).

Paragraphe I : La nature du mariage polygamique en droit français : La définition de la polygamie entre le droit et de fait

606. La polygamie est un sujet qui revient souvent dans les débats de la société française. Cette institution choquante, à connotation négative, fait fréquemment l'objet de polémiques. Elle est souvent utilisée afin d'alerter l'opinion publique, à des fins politiques. En 2010, la polygamie a fait l'objet d'une proposition de loi afin de combattre ce qui a été appelé la polygamie de fait. Il est intéressant de revenir sur cette proposition de loi afin de comprendre la place de la polygamie en France avant de traiter celle de la polygamie marocaine.

607. Cette proposition, en date du 26 mai 2010 qui n'a pas connue de suite, a été déposée par M. Nicolas About et visait à créer un délit de polygamie, d'incitation à la polygamie, avec des circonstances aggravantes pour fraude aux aides sociales, et inciter les victimes à la cohabitation, à l'insertion sociale et professionnelle et à l'assimilation à la communauté française⁷⁶¹.

⁷⁶¹Proposition n°501 : <http://www.senat.fr/leg/pp109-501.html>

608. Cette proposition a été formulée à l'occasion de l'affaire Hebbadj qui a fait l'objet d'un scandale qui a sensibilisé l'opinion publique sur un phénomène de société touchant la matière du mariage et spécifiquement ce type d'union. Cette affaire concernait initialement une conductrice portant le niqab. Mais elle s'est vite focalisée sur son mari qui s'est trouvé poursuivi pour des agissements qualifiés d'escroquerie, de fraude aux aides sociales et de travail dissimulé. Cet homme « dont le portrait a fait peur à bien des ménages français »⁷⁶² été accusé de vivre avec plusieurs femmes, et à ce titre, de bénéficier indirectement d'aides sociales multiples. Il a été considéré comme un polygame sans scrupules profitant de ses femmes et de ses enfants afin de frauder le système social français. Cet homme, d'origine étrangère, musulman n'a guère arrangé son image de musulman intégriste polygame, violent, ne respectant ni les femmes ni la société française.

609. L'affaire est d'une gravité extrême au point que le Ministre de l'Intérieur de l'époque, M. B. Hortefeux a réagi en personne en annonçant sa volonté de faire « évoluer le droit » pour lutter contre ce qu'il a nommé « la polygamie de fait ». Estimant que « la définition que le Code pénal fait de la polygamie n'est pas adoptée à la réalité », il le justifie du fait que le droit « ne tient pas compte des mariages religieux, ni des situations de communauté de vie et d'intérêt qui constitue, en réalité, une "polygamie de fait", organisée pour qu'un homme vive de prestations sociales perçues par des femmes ». Le ministre s'insurge en outre contre le fait que ces situations concernent des personnes qui ont acquis la nationalité française par mariage ou naturalisation.

610. Il est évident que pour le ministre, les personnes d'origine étrangère sont concernées en premier lieu par ce genre d'agissement, profitant de leur nouveau statut de citoyen français pour commettre des fraudes aux aides sociales⁷⁶³. Il est fait état d'un rapport⁷⁶⁴ venant appuyer les arguments du ministre de l'intérieur datant de 2006 et rédigé par la commission nationale consultative des droits de l'Homme, selon

⁷⁶²M. LAMARCHE, « Ne confondons pas polygamie et bigamie! Distinguons union légale et union de fait », *Dr. Fam.*, 2010, alerte n°47.

⁷⁶³ M. LAMARCHE, article précité.

⁷⁶⁴Catherine Vautrin, ministre déléguée à la Cohésion sociale et à la Parité, de 2005 à 2007, avait commandé une étude à la Commission nationale consultative des droits de l'homme sur la polygamie (remise en mars 2006)

lequel « 16 000 à 20 000 familles, soit jusqu'à 180 000 personnes enfants compris, vivraient dans les faits, en situation de polygamie »⁷⁶⁵. Ce même rapport a été cité dans l'exposé des motifs de la proposition de loi. Le journal *le Monde* a toutefois révélé que le rapport en question s'appuyait sur une étude réalisée en 1996 avec des estimations faites en 1992 et 1993 et que les spécialistes estimaient que les situations avaient largement changé et évolué depuis, regrettant qu'aucune autre étude n'ait été envisagée plus récemment⁷⁶⁶.

611. La proposition, toujours dans l'exposé des motifs, a mis en lumière les lacunes législatives qui permettent une situation aussi choquante, offrant la possibilité aux hommes de vivre en état de polygamie, en toute impunité, sur le territoire français, tout en rappelant que, dans le droit positif français, il existe déjà une disposition pénale réprimant l'acte de se marier civilement une seconde fois alors que la première union n'est pas encore dissoute, l'article 433-20 du Code pénal⁷⁶⁷.

612. L'exposé des motifs relève que les mariages religieux ou coutumiers, prononcés en France ou à l'étranger, ne sont pas pris en compte dans cette définition et de ce fait, il est possible de vivre simultanément avec plusieurs femmes sans être « marié » avec elles. La proposition poursuit en soulignant que cet état « n'est juridiquement condamnable, ni pénalement répréhensible » et que chacun peut donc être un polygame de « fait », sans « être le moins du monde inquiété par les autorités françaises ». Ce laxisme est expliqué, toujours selon l'exposé, par une faille dans le système juridique en matière de concubinage. Situation de fait et non de droit, prévue par l'article 515-8 du Code civil, il n'engage les concubins pratiquement à rien, ni l'un envers l'autre, ni à l'égard de la société elle-même. Par conséquent, l'exposé poursuit qu'il « résulte de cette situation de fait, un espace de non-droit, derrière lequel peuvent se cacher toute sorte de combinaison, familiales ou conjugales qui échappent au pouvoir public, qui se nourrissent d'aides publics qui ne leur sont pas destinées, et soustraient la protection légitime que pourrait leur conférer le statut juridique d'un

⁷⁶⁵ Voir le sujet. S. IMLOUL « La polygamie en France : une fatalité ? », *Institut Montaine*, novembre 2009.

⁷⁶⁶ *Le Monde*, 10 juin 2010.

⁷⁶⁷ Selon ce texte, « le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ».

mariage civil ou d'un PACS, des personnes fragilisées, femmes et enfants confondus ».

613. C'est de ce constat alarmant, choquant la morale de la société française, que l'auteur de la proposition de loi déduit la nécessité de donner « pour la première fois en droit civil français, une définition juridique de la polygamie » qui ne se réduira pas à une accumulation de mariages civils mais qui inclurait les mariages religieux et coutumiers. Serait alors créé « un délit de vie en état de polygamie », « un délit d'incitation à la vie en état de polygamie », « avec circonstances aggravantes, en cas de fraude aux aides sociales ». Des peines complémentaires, telles que « l'interdiction du territoire français, pour menace grave à l'ordre public, l'interdiction des droits civiques, civiles et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle, la publicité de la décision, pourraient être en outre prononcées ».

614. Voilà des sanctions dissuasives par leur grande sévérité, destinées à toute personne accumulant les relations et vivant en couple avec plusieurs femmes. Quelques interrogations apparaissent à la lecture de la proposition et cela commence par ces sanctions dissuasives en cas de constatation d'un délit de "polygamie de fait": Cette loi est-elle adressée à une population particulière ? Le droit s'applique-t-il à toute la société ou seulement à une catégorie ? Y a-t-il une différence entre les Français de souche et les Français ayant des origines différentes ? Car il est difficile d'imaginer cette interdiction du territoire imposée à un Français de souche, même si ce dernier commet ce délit de "polygamie de fait".

615. Il est évident que de vivre avec plusieurs femmes simultanément et avoir plusieurs familles à la fois n'est pas propre aux étrangers ou aux Français naturalisés. Ce type de relation est assez universel. Ce n'est sûrement pas, dans la société française qu'il est choquant de savoir que les hommes, quelques soient leurs religions et leurs croyances, ont une ou plusieurs "maîtresses" surtout si ces hommes en question sont célibataires. Faut-il condamner tous les hommes qui entretiennent des relations libres avec plusieurs femmes et qui fondent par la même occasion plusieurs familles simultanément ? Dans ce cas, cette condamnation doit concerner tous les Français et non une "catégorie de Français".

616. Une autre question concerne ces femmes, présentées comme des victimes de cet homme qui, d'après l'exposé des motifs, les a « incitées à vivre en état de polygamie ». Ne sont-elles pas consentantes ? N'avaient-elles pas conscience de la situation ? Il est possible de plaider la contrainte en suggérant qu'elles ne pouvaient qu'accepter cet état, qu'elles vivaient dans la peur, l'ignorance et la pauvreté et n'avait d'autres choix que de subir cette situation. Cet argument prendra tout son sens si la situation était dans un autre pays où les hommes exercent une tyrannie même juridique sur les femmes comme c'est le cas parfois au Maroc. Mais ce n'est guère le cas en France, pays doté de structures sociales et juridiques pour la protection des femmes.

617. Dans l'affaire Habbadj, personne n'a entendu le point de vue de ces femmes et même après sa médiatisation, elles n'ont pas quitté ce compagnon « 'effrayant et tyrannique' » comme il a été présenté par les médias. Est-il possible que ces femmes soient consentantes et qu'elles acceptent de vivre cette situation ? Si la réponse est positive, le rôle de la loi est-il d'éclater cette structure familiale par la décohabitation en obligeant les femmes et leurs enfants à sortir de ce schéma?

618. Un autre point d'interrogation : la proposition traite de l'assimilation de ces femmes et de leurs enfants à la communauté française. Qu'est-ce que l'assimilation à la société française ? Comment peut-on la définir ? Et si ces femmes et leurs enfants sont des Français de souches ? Quel sera le sens de l'assimilation ? Il est évident que cette situation est condamnable moralement mais ce n'est pas forcément le cas juridiquement.

619. L'intention du rédacteur de cette proposition de loi était justement de rendre cette situation condamnable en donnant, pour la première fois en droit civil, une définition juridique de la polygamie qui ne se réduira plus au seul mariage civil mais qui inclura les mariages coutumiers et religieux. Cette définition, donnera-t-elle un statut juridique aux mariages religieux et coutumiers puisque désormais, il faut les prendre en considération sachant que ce type d'union n'est reconnu ni en France ni à l'étranger ?

620. Il ne faut pas oublier qu'un mariage coutumier ou religieux n'a aucune existence juridique dans les pays au statut personnel polygamique. Il est même considéré, comme traité antérieurement⁷⁶⁸, comme contraire à la loi. Toute personne est dans l'obligation de contracter un mariage en respectant toutes les conditions de forme et de fond pour que cette union puisse avoir une existence et cela s'applique, que le mariage soit polygamique ou non. Il ne faut pas oublier que le mariage polygamique est conditionné par une autorisation judiciaire, le passage devant un juge est obligatoire au Maroc. La polygamie est une institution qui ne peut être que de droit dans la majorité des pays musulmans, elle n'est pas de fait.

621. Le Maroc, ainsi que les autres pays musulmans, ne reconnaît que le mariage comme seul lien légitime entre l'homme et la femme. Le concubinage, situation de fait par excellence, n'existe pas et il est même réprimé par les lois de ces pays. En voulant inclure les mariages coutumiers et religieux dans la définition de la polygamie dans le Code civil français, le rédacteur de la proposition pousse-t-il à la reconnaissance de ce type d'unions sur le territoire français ? En d'autres termes, si deux personnes sont mariées religieusement, doivent-elles le déclarer à l'Etat français et obtenir une reconnaissance de leur mariage afin de constater qu'ils sont ou qu'ils seront en situation de polygamie plus tard ?

622. Mais à côté de ces questions, il reste à comprendre les raisons qui conduisent à vouloir donner une définition juridique à la polygamie, alors que le Code civil connaît la bigamie. Quelle est la différence entre ces deux termes ? Est-il possible qu'il s'agisse d'une confusion entre l'état de polygamie et celui de la bigamie ?

623. Dans son article intitulé « Ne confondons pas polygamie et bigamie! Distinguons unions légales et unions de fait »⁷⁶⁹, Mme Lamarche met en lumière le risque de confusion entre les deux termes. Elle rappelle qu'il ne faut pas confondre bigamie et polygamie. Si la polygamie s'oppose à la monogamie, elle reste une institution reconnue par les pays du statut personnel polygamique où ce type d'union jouit d'un statut légal permettant l'existence de mariages simultanés comme au Maroc. La monogamie, quant à elle, est le principe retenu par d'autres statuts

⁷⁶⁸ *Supra* n°244 et s.

⁷⁶⁹ Article précité.

personnels imposant, en revanche, de ne contracter qu'un seul mariage à la fois, comme c'est le cas de l'ordre juridique français. C'est la loi nationale de chacun qui permettra de définir si une personne est de statut personnel polygamique ou de statut personnel monogamique. La loi française pose le principe de la monogamie, rappelé par le Code civil dans son article 147. Le non-respect de ses modalités, en d'autres termes le fait de contracter un mariage avant la dissolution d'une précédente union valablement célébrée, est la définition même de la bigamie. Cette dernière constitue un délit pénal⁷⁷⁰ qui ne peut exister que dans le cadre d'un système monogame. Donc par hypothèse, ce n'est pas la polygamie qui constitue un délit mais la bigamie⁷⁷¹.

624. La polygamie est une institution qui ne peut être que de droit et par conséquent, elle ne peut exister dans un système monogame. Une définition juridique de la polygamie en droit civil français paraît impossible puisqu'elle est un principe fantôme qui n'existe pas dans l'ordre juridique français.

625. La situation de concubinage obéit à d'autres règles que celles du mariage. C'est une situation de fait qui ne dépend pas dans sa création d'un acte juridique. Elle découle simplement d'une vie commune. L'article 515-8 du Code civil ne donne pas plus d'éléments de définition. L'union, par essence de fait, donne une liberté aux parties et par conséquent peut recouvrir une multitude de situations. La société française connaît différents types de concubinage, celui entre deux personnes célibataires partageant une vie commune mais aussi des concubinages concomitants avec des mariages, donc adultérins : le cas d'époux issus de couples qui se séparent et vivent avec d'autres personnes, sans mettre fin à leur mariage. Il y a aussi le concubinage entre personnes de la même famille, alliées ou parents. Puis existe enfin le concubinage multiple. Il s'agit ici plus d'une certaine bigamie de fait qu'autre chose. Elle ne se révèle juridiquement que lorsque les concubins revendiquent des effets de droit liés à cette situation. Si la lumière a été mise sur ce type de concubinage et sur son existence plus que sur les autres situations, c'est essentiellement à cause de la multiplication des effets juridiques, qu'ils soient sociaux ou fiscaux avant d'être civils. Leur existence échappe à l'ordre juridique et ils ne peuvent être considérés comme un délit réprimé par la loi.

⁷⁷⁰ Code pénal, art. 433-20

⁷⁷¹ M. LAMARCHE, op. cit., p. 3

626. La question de la réception de la polygamie par le droit français est complètement distincte de la situation du concubinage multiple ou de la bigamie de fait. La réception ou non de la polygamie sur le territoire français est une décision juridique entrant dans le domaine du droit international privé français alors que la bigamie de fait est une situation qui ne peut être interne et où il n'existe aucun élément d'extranéité.

627. Le reproche adressé aujourd'hui à des individus de cohabiter avec plusieurs femmes⁷⁷² et de profiter de la situation pour bénéficier indirectement du versement de prestations sociales à chacune de ces femmes, ne peut être juridique sous couvert de la qualification de polygamie de fait. Le problème soulevé provient du fonctionnement et des critères d'octroi des prestations sociales. Ces dernières se déterminent souvent par rapport à la réalité d'une vie commune, envisagée en tant que situation de fait.

628. Enfin, la question essentielle est de savoir si le droit peut obliger les gens à respecter un modèle défini, même en fait, de les empêcher de vivre ensemble, malgré leur consentement. Il est primordial de distinguer les unions légalement admises des unions de fait. Le droit ne peut obliger un couple à décohabiter ou certains couples de se former en fait, « cette idée paraît d'avance particulièrement farfelue »⁷⁷³.

629. Après avoir pris connaissance de la réelle finition de la polygamie, il est possible de comprendre le sort qui lui est réservé par le droit français.

Paragraphe II : Le droit applicable à la polygamie en France

630. Avant d'étudier la loi applicable à la polygamie marocaine devant le juge français (III), il faut comprendre que cette institution est impossible dès qu'un élément français se manifeste lors de l'union (I). Ce rejet législatif a comme effets la

⁷⁷² La polygamie est un phénomène beaucoup plus répandu que la polyandrie

⁷⁷³ M. LAMARCHE, op. cit., p 4

mise à l'écart des ménages polygamiques des regroupements familiaux (II) afin de diminuer leur existence sur le territoire français.

I- L'impossibilité de contracter un mariage polygamique en présence d'un élément de rattachement français

631. Comme il vient d'être démontré, il n'existe pas de polygamie de fait dans le droit positif français et cela se confirme d'une part par l'interdiction de la célébration du mariage polygamique en France, même si les deux parties sont de statut personnel polygamique et cela concerne aussi les ressortissants marocains (A) et d'autre part par la nullité de tout mariage à caractère polygamique contracté par un Français, même célébré à l'étranger comme au Maroc (B).

A- L'impossibilité de contracter un mariage polygamique en France

632. Il s'agit de la polygamie telle qu'elle est définie par le droit musulman classique et évidemment comme elle est perçue par le Code marocain de la famille, une institution inconnue du droit français. La jurisprudence a abordé le problème que soulève la reconnaissance de ce type de mariage particulier « avec un effort de compréhension et sans trop de préjugés »⁷⁷⁴. Cette volonté apparaît tout particulièrement dans la qualification de ce type d'union étrangère aux conceptions françaises. C'est en élargissant les catégories françaises que la jurisprudence a pu introduire le mariage polygamique. Batiffol a soulevé que « l'union des sexes est un problème commun à toute l'humanité, les solutions qu'il reçoit peuvent être classées dans la catégorie "mariage" malgré la différence notable qui les sépare de notre conception, et sans que nous les regardions comme équivalentes moralement »⁷⁷⁵.

633. Le rattachement à la loi nationale, ancré dans la jurisprudence française depuis l'introduction du Code civil français⁷⁷⁶, devrait conduire à la reconnaissance complète du statut personnel des ressortissants des pays étrangers. Le principe de la

⁷⁷⁴ P. MAYER, *Conflit de civilisation et droit international privé, Polygamie et répudiation*, librairie Droz, Genève, 1972, p. 32.

⁷⁷⁵ H. BATIFFOL, *Traité élémentaire de droit international privé*, n° 434

⁷⁷⁶ P. MAYER, *op. cit.*, p. 31

compétence de la loi nationale est toutefois tempéré par l'intervention de l'ordre public. La jurisprudence française n'a permis aux mariages polygamiques que d'avoir des effets limités.

634. L'ordre juridique français tout en acceptant que le mariage polygamique puisse produire quelques effets, a expressément interdit toute célébration de ce type d'union sur son territoire. La jurisprudence en a décidé ainsi dans les conflits régionaux, à propos de l'Algérie, par un arrêt datant de 1949⁷⁷⁷. Cette jurisprudence a été suivie par la Cour de Paris, pour les conflits internationaux, lors de sa saisine pour une action en nullité contre un mariage entaché de bigamie entre un Iranien de confession juive ayant contracté un mariage avec une Française en France, sans que son premier mariage soit dissous avec sa première épouse iranienne. La Cour décida que « ce nouveau mariage est donc nul d'une nullité d'ordre public, aucune personne déjà mariée ne pouvant valablement contracter en France une nouvelle union légitime, alors même que son statut personnel le permettait »⁷⁷⁸.

635. La célébration en France ne peut donc en aucun cas être envisagée, même si les parties sont consentantes, c'est-à-dire l'époux et les deux épouses, considérant que l'épouse ne peut renoncer au privilège fondamental d'égalité, cette renonciation ayant des incidences sur la société⁷⁷⁹. Ainsi, la première épouse marocaine est protégée contre l'introduction dans sa vie conjugale d'une coépouse tant que le mariage est célébré en France. C'est ce qu'a décidé le Tribunal de grande instance de Paris en 1968 à propos d'un mariage entre deux camerounais alors que l'époux était déjà engagé dans des liens matrimoniaux au Cameroun⁷⁸⁰. Cette protection est essentielle car non seulement elle a pour objectif la préservation de l'ordre public mais elle est un début vers la complication de la création du lien polygamique pour les parties.

636. Cette protection reste entachée par l'accueil en France des effets des mariages polygamiques célébrés à l'étranger⁷⁸¹. Mais comme l'explique P. LAGARDE, « il

⁷⁷⁷ Tribunal corr. Brest, 18 octobre 1949, S.1950.2.74; Tribunal corr. Villeranche-sur-Saône, 6 novembre 1951, R.1953, 764, note Loussouarn.

⁷⁷⁸ Paris, 2 février 1956, J.C.P. 1956.II.9229, note P.G.

⁷⁷⁹ M.-C. FOBLETS, op. cit., p. 38

⁷⁸⁰ T.G.I Paris le 22 janvier 1968, Mpouna c. dame Mpouna, J.C.P. 1968.IV.116, R.1969, Somm. 775, *Clunet*, 1969, 406, note Khan

⁷⁸¹ Renvoi, Civ. 2e, 14 févr. 2007, JDI 2007. 933, note B. BOURDELOIS.

faut dire que le grand vent du libéralisme et même du laxisme des années soixante et soixante-dix, combiné avec les élans tiers-mondistes de l'époque, allait dans le sens d'une atténuation toujours plus grande des exigences de l'ordre public en matière familiale et d'une tolérance accrue vis-à-vis des institutions du droit musulman »⁷⁸².

637. Dans les années quatre-vingt-dix, l'esprit n'est plus le même et il est parfois difficile de démêler toutes les composantes essentiellement celle à caractère politique. La présence, ou en tout cas, la conscience de la présence d'une immigration musulmane toujours plus nombreuse, des doutes accrus sur l'efficacité des mécanismes d'assimilation des étrangers, certaines affaires désagréables comme celle du port du voile par de jeunes lycéennes marocaines, certaines situations judiciaires où la conséquence de la polygamie ou de la répudiation ont paru choquantes, ont fait prendre conscience à beaucoup, des dangers pour la cohésion de la société française de la reconnaissance sur le sol français d'une multiplicité de modèles familiaux antinomiques.

638. La politique française tend vers plus de sévérité envers la polygamie musulmane. Elle suit, d'une part, l'opinion publique qui est contre l'immigration et d'autre part, les considérations d'ordre financier puisque certaines prestations de sécurité sociale sont refusées à la deuxième épouse. Les mouvements anti-islam ont beaucoup plus de chance d'être entendus que d'autres qui se fondent sur l'idée de la structure traditionnelle du mariage.

639. Reste que les débats concernant la polygamie dépassent largement les considérations politiques et financières. Ce qui peut être choquant et contraire à l'ordre public international français, c'est moins le fait d'attacher au second mariage certains effets d'ordre matériel ou pécuniaire que la philosophie de l'institution, ce sont moins les effets que le principe même de la polygamie. Il ne s'agit guère de porter une condamnation morale, puisque le caractère sacré du mariage et les

⁷⁸² P. LAGARDE « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française » in *Nouveaux itinéraires en droit Hommage à F. RIGEAUX*, Ed. Bruylant, Bruxelles 1993

relations polygames, existent aussi dans les pays monogames, mais de repousser un type d'organisation conjugale qui consacre l'inégalité entre hommes et femmes.

640. Aujourd'hui, l'évolution générale de la condition féminine fait débat dans les pays arabes, surtout au Maroc où la polygamie est considérée par de nombreux intellectuels et une partie de la population comme un frein et un obstacle à cette évolution. Une guerre judiciaire se livre dans les tribunaux des grandes villes marocaines pour diminuer la pratique polygame. La jurisprudence française, avec son ouverture envers cette institution, ne contribuait pas à atténuer la vitalité de ce genre d'union.

641. La loi n° 93-1027 du 24 août 1993, relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France a considérablement réduit le nombre de problèmes relatifs aux effets des unions polygamiques susceptibles de se présenter devant le juge français⁷⁸³. En effet, l'étranger résidant en France avec son épouse ne peut plus bénéficier du regroupement familial pour un autre conjoint ainsi que pour les enfants issus de cette union. De ce fait, il est à constater que les litiges liés aux effets de ces unions ne toucheront plus que les ménages polygamiques qui vivaient en France avant l'entrée en vigueur de ladite loi et, à moindre titre, les litiges impliquant une deuxième épouse vivant à l'étranger. Ainsi, les rares questions qui peuvent être portées devant les juridictions françaises seront davantage relatives au droit patrimonial de la famille. A cet égard, ce n'est plus l'union polygamique mais la liquidation du régime matrimonial qui pose des problèmes complexes qui n'ont pas toujours reçu des solutions adéquates. La même remarque peut être observée concernant les droits successoraux.

642. Assurément ce n'est pas en privant la polygamie de tout effet en France que cette pratique disparaîtra, puisque c'est toujours à l'étranger que le second mariage est contracté. Mais il est évident que pour des Marocains établis en France, l'impossibilité d'y faire reconnaître toute légitimité matrimoniale, au-delà de la première union aura un effet dissuasif sur certains.

⁷⁸³ Voir P. LAGARDE, art. précité, p. 208

643. Les efforts du législateur marocain se traduisent dans le fait qu'avant la réforme, il suffisait pour le Marocain établi en France de faire un bref voyage au pays et de contracter un second mariage. Il est vrai que grâce à la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 ainsi qu'à la directive européenne du 22 septembre 2003 sur le regroupement familial, ce Marocain polygame ne pouvait plus ramener la seconde épouse sur le territoire français mais il pouvait imposer à la première épouse son deuxième mariage célébré au Maroc ainsi que ses effets en France. Aujourd'hui, ce mariage rapide ne peut plus se concrétiser aussi facilement, l'autorisation du juge marocain pour permettre un second mariage demande la réunion de conditions draconiennes et l'accord exprès de la première épouse. Cette évolution permettra sûrement, à condition d'une bonne application du Code marocain de la famille par les juges de freiner le phénomène des mariages polygames et atténuera cette pratique chez les Marocains résidant en France.

B- La nullité du mariage contracté par une Française et un étranger polygame à l'étranger

644. L'une des premières affaires à propos de laquelle la Cour de cassation a eu l'occasion de traiter de la nullité du mariage entre une Française célibataire et un musulman polygame à l'étranger a donné lieu à un arrêt rendu le 24 septembre 2002⁷⁸⁴. Etait en cause une demande en nullité d'un mariage entre un Libanais et une Française, célébré au Caire en 1994, alors que l'époux était encore lié par un mariage avec une première épouse de nationalité libanaise datant de 1985. Saisis par le procureur de la République près du Tribunal de grande instance de Nanterre, les juges du fond ont considéré que l'union célébrée en Égypte était dépourvue d'effet en France. Rejetant le pourvoi formé par le mari et son épouse française, la Cour de cassation a approuvé la qualification retenue par la Cour d'appel de Versailles de l'empêchement au mariage édicté par l'article 147 du Code civil. Cette disposition qui énonce « qu'on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du

⁷⁸⁴ C. Cass 1^{ère} Ch. Civ., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-15.789, Bull. civ. I, n° 214; R., p. 339; D. 2003. Somm. 1935, obs. J.-J. Lemouland; JCP 2003. II. 10007, conclusion. Sainte-Rose, note Devers; Defrénois 2002.1467, obs. J. Massip; *AJ Fam.* 2002. 384, obs. S. D.-B; *RJPF* 2003-1/18, note M. Oudin; Dr. et patr., janv. 2003, p. 120, obs. F. Monéger; LPA 15 oct. 2003, note C. Brière; RTD civ. 2003. 62, obs. J. Hauser; Rev. crit. DIP 2003. 271, note B. Bourdelois.

premier mariage », contient un empêchement qualifié de bilatéral et absolu. Dès lors, le mariage contracté à l'étranger en état de bigamie pour l'un ou les deux époux n'est valable que si les lois de chacun d'eux autorisent la bigamie. Les demandeurs au pourvoi estimaient, au contraire, que l'interdiction de contracter un second mariage avant la dissolution du premier constituait un empêchement unilatéral qui n'entachait pas leur mariage de nullité. La qualification de l'empêchement apporte un enjeu important pour la validité du mariage.

645. Cet arrêt a permis de revenir sur la traditionnelle distinction entre les empêchements unilatéraux et bilatéraux lorsque le mariage concerne des époux de nationalité différente. Comme signalé auparavant⁷⁸⁵, la loi qui régit les conditions de fond de l'union est la loi nationale des futurs époux. Dans le cas d'un mariage mixte, les deux lois nationales ont nécessairement vocation à s'appliquer, ce qui pose des problèmes de mise en œuvre de la règle de conflit en présence de deux lois contenant des dispositions divergentes. L'application simultanée des lois nationales peut intervenir soit de manière distributive, soit de façon cumulative.

646. La première méthode conduit à l'application de la loi de chacun aux conditions qui le concernent personnellement. Ainsi, chaque époux doit remplir les conditions d'aptitude prévues par sa loi nationale, celles posées par la loi de son futur conjoint lui étant indifférentes. Il en va ainsi des conditions relatives notamment à l'âge minimum requis, à la capacité et au consentement. Une application strictement distributive des lois nationales ne permet pas nécessairement d'annuler un mariage pour bigamie sauf si les deux lois en présence considèrent qu'il s'agit d'un empêchement à mariage. Dans cette affaire, l'épouse remplissait toutes les conditions prévues par la loi française et ne devenait pas bigame du fait de son mariage. Le mari remplissait toutes les conditions posées par la loi camerounaise autorisant la polygamie.

647. La deuxième méthode consiste à affirmer que même si le mariage d'époux de nationalité différente est soumis, en principe, à l'application distributive des lois personnelles, chaque époux devra, par exception, remplir, en plus des conditions

⁷⁸⁵ *Supra.* n°560.

d'aptitude au mariage établies par sa loi personnelle, certaines exigences de la loi nationale de son futur conjoint. Les empêchements dits bilatéraux concernent les prohibitions tenant à la parenté ou à l'alliance mais également l'interdiction tenant à l'existence d'une précédente union non dissoute. Cette qualification a été généralement retenue par les juges du fond avant que la Cour de cassation soit amenée à statuer sur ce point par l'arrêt rapporté. Un arrêt du 14 juin 1995 de la Cour d'appel de Paris⁷⁸⁶ a retenu cette solution à propos d'une disposition du droit polonais similaire à l'article 147 du Code civil. La Cour d'appel a affirmé que « compte tenu de l'empêchement bilatéral de la loi polonaise, est nul le mariage d'une Polonaise et d'un Libanais déjà marié sans que ce mariage ait été dissous lors de la nouvelle union, même si selon la loi libanaise, un Libanais, soumis en ce qui concerne son état civil à la religion à laquelle il appartient, peut se marier selon la loi d'une religion déterminée et, changeant de religion, peut valablement, si cette dernière lui permet la polygamie, de contracter un autre mariage conformément aux lois régissant l'état civil de cette nouvelle religion ».

648. Par conséquent, l'article 147 du Code civil interdit non seulement à un conjoint français de conclure un second mariage avant la dissolution du premier mais également à une Française célibataire d'épouser un homme déjà marié. Peu importe que le statut personnel de cet époux soit polygamique, le caractère monogamique du mariage est d'ordre public en France. Cette solution doit être approuvée en ce qu'elle permet d'éviter qu'une Française entre « volontairement dans une situation de polygamie passive ». La sanction du non-respect de l'empêchement à mariage est la nullité absolue pour bigamie qui entraîne l'annulation de la seconde union dès son origine, sans possibilité de régularisation *a posteriori* comme l'indique une décision de la Cour d'appel de Grenoble du 23 janvier 2001⁷⁸⁷. Il en résulte que le divorce prononcé postérieurement à la seconde union est sans incidence quant à la validité de celle-ci.

⁷⁸⁶ Paris, 14 juin 1995, *Rev. crit. D.I.P.* 1997, p. 41, note P. Gannagé ; *D.* 1996, p. 156, note F. Boulanger

⁷⁸⁷ Grenoble, 23 janvier 2001, *Juris-data*, n° 2001-150549 ; *Dr. Fam.* 2002, comm. no 54, obs. H. Lécuyer

649. Cet arrêt met fin à tout doute sur la qualification donnée à l'article 147 du Code civil et il est considéré comme un empêchement bilatéral et non unilatéral, ce qui suffit à frapper de nullité les mariages de femmes françaises avec des hommes de statut personnel polygamique déjà liés par un autre mariage.

650. Les effets du rejet législatif de la polygamie ne s'arrêtent pas à l'impossibilité de créer une union polygamique dès l'existence d'un élément français mais va plus loin. La polygamie, même si elle est valablement contractée à l'étranger, ses effets ne peuvent plus être exportés vers le territoire français puisque le regroupement familial est exclu pour les familles polygamiques.

II - L'interdiction du regroupement familial pour les polygames

651. La position française envers l'institution de la polygamie est claire et n'ouvre aucune porte à la confusion. Les choix législatifs français expriment le rejet de l'institution sur le territoire à travers l'interdiction du regroupement familial des familles polygames en France (A). Reste de savoir si la position française respecte les dispositions prévues par la Convention européenne des droits de l'Homme (B).

A- L'interdiction

652. La loi du 24 août 1993 marque l'introduction, pour la première fois, du droit au regroupement familial dans un texte à valeur législative, celui de l'ordonnance de 1945 tout en posant des limites à l'exercice de ce dernier et en précisant que ce droit ne pouvait être absolu et doit respecter l'ordre public. Ainsi, l'article 30 de l'ordonnance de 2 novembre 1945 dispose que « lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordé à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui

a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu des droits parentaux, lui est retiré ».

653. C'est dans l'arrêt G.I.S.T.I du 8 décembre 1978⁷⁸⁸ que le Conseil d'Etat a accordé au Gouvernement la possibilité de définir les conditions de l'exercice de ce droit afin de concilier le principe avec les nécessités de l'ordre public et de la protection sociale des étrangers et de leurs familles. C'est au nom de cet ordre public que diverses restrictions ont été apportées au droit du regroupement familial.

Le Conseil constitutionnel a rendu une décision le 13 août 1993⁷⁸⁹ approuvant cette solution et pour mieux déterminer les considérations d'ordre public susceptibles de limiter le droit au regroupement familial. S'il a ainsi censuré deux dispositions de la loi, l'une refusant le droit au regroupement familial à l'étranger titulaire d'une carte de séjour portant la mention étudiant, l'autre imposant une durée de deux ans à compter de la dissolution ou de l'annulation d'un mariage pour pouvoir bénéficier du regroupement familial pour son nouveau conjoint, il a en revanche permis, afin de sauvegarder l'ordre public, qu'il soit exigé que les ressources de l'étranger souhaitant bénéficier de la venue de sa famille atteignent un montant au moins égal au SMIC.

Puis le législateur et le Conseil constitutionnel ont considéré que le regroupement familial devait être soumis à la condition de l'absence de polygamie. Selon l'article 15 *bis* de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la carte de résident ne peut être délivrée à un étranger vivant en état de polygamie ou à son conjoint. La précision touchant à « l'état de polygamie » montre qu'il n'est pas question de recourir à la notion de mariage « potentiellement » polygamique. Le Conseil constitutionnel l'a d'ailleurs confirmé en indiquant que cette disposition n'était applicable qu'aux étrangers vivant en France « en état » de polygamie⁷⁹⁰. Il a approuvé le législateur en affirmant que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays

⁷⁸⁸ M. LONG, P. WEIL et G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 14ème éd. Dalloz 2003, p 636 ; *Dr. soc.* 1979, p 57, conclusion. DONDOUX; *AJDA* 1979 (3), p38 obs. DELVOVE; *Rev. crit. DIP* 1979, p 139, D. 1979, p 661, note HAMON.

⁷⁸⁹ Cons. const. 13 août 1993, *Rev. crit. DIP*, 1993, p 597. Sur le problème de l'atteinte au caractère fondamental de ce droit : VANDENDRISSCHE, « Le droit à la vie familiale est-il un droit fondamental ? », in *Droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, p 54, *LGDJ*, 1993.

⁷⁹⁰ La circulaire du 8 septembre 1993 précise qu'il sera demandé aux étrangers dont le droit national admet la polygamie une déclaration sur l'honneur par laquelle ils attestent ne pas vivre en France en état de polygamie. GUIMEZANES « L'arrêt de l'immigration en France ? » *JCPG* 1994, I, p 3728.

d'accueil, lesquelles excluent la polygamie ; que dès lors les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraire à la Constitution ».

654. La question de la reconnaissance du droit à une vie familiale normale pour les polygames et du bénéfice du regroupement familial pour les différentes épouses et leurs enfants s'est posée au Conseil d'Etat bien avant la loi de 24 août 1993. A cette époque, il apporta une réponse plus tolérante envers les ménages polygames mais suscita un débat remettant en question sa décision. Le problème était de savoir si le droit impliquait, pour un étranger, la possibilité de vivre une vie de famille telle que son droit et sa culture d'origine le lui permettaient. Le Conseil d'Etat n'hésita pas à reconnaître le droit au regroupement familial d'un étranger polygame le 11 juillet 1980⁷⁹¹, dans un arrêt retentissant, l'arrêt Montcho. Tandis que l'autorité administrative n'accordait ce droit qu'à un seul conjoint, le juge administratif préférera se placer du point de vue de la loi personnelle des intéressés afin de préserver l'unité de la cellule familiale et la vie familiale effective qui en découlait. Le commissaire Rougevin-Baville considérait dans ses conclusions que le droit à une vie familiale normale ne pouvait se concrétiser que dans le respect de la loi nationale de son titulaire.

655. L'arrêt Montcho fut très contesté et donna lieu à un véritable débat politico-juridique. Le Premier ministre, le 10 avril 1992, exprima son souhait de suivre les suggestions du Haut Conseil à l'intégration sur l'interdiction du regroupement familial et du séjour permanent pour les mariages polygamiques⁷⁹². Ainsi, la loi du 24 août 1993 est une réponse radicale contre l'acceptation de l'institution de la polygamie sur le territoire français. Le législateur français a pris position en faisant un choix clair qui inspira non seulement d'autres pays européens comme l'Allemagne⁷⁹³ mais aussi l'Union Européenne avec la directive du Conseil de l'Union

⁷⁹¹ *Rev. crit. DIP* 1981 p 658, note BISCHOFF, *JCP* éd. G. 1981, II, p 19629, *AJDA* 1980 conclusion ROUGEVIN-BAVILLE, p 548, note FEVER PINAULT.

⁷⁹² LABAYLE (H), *Le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale*, op.cit. (note n° 16), p 531.

⁷⁹³ La première phrase du § 17 de la réforme de la législation sur l'entrée et le séjour des étrangers a été interprété comme excluant du droit au regroupement familial les membres de la famille. issus d'une union polygamique. F. JAULT-SESEKE, « Le regroupement familial en droit comparé français et allemand », op.cit. n° 188 et s.

du 22 septembre 2003⁷⁹⁴ qui cautionne cette solution puisque selon son article 11 : « le nécessaire respect des principes et valeurs recommandé par les Etats membres, (...) justifie que des mesures restrictives puissent être opposées aux demandes de regroupement familial de ménages polygames. »

Le législateur, à travers la loi de 1993, est formel : la carte de résident ne peut être délivrée à un étranger vivant en état de polygamie. La formulation est stricte et conçue de telle manière que les autorités administratives ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation.

656. La polygamie constitue un obstacle aux autres cas de délivrance d'un titre de séjour. Les articles 14 et 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoient plusieurs cas de délivrance d'un titre de séjour et l'article 15 *bis* introduit une restriction générale à ces textes en interdisant la délivrance d'une carte de résident à « un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie » ainsi qu'au conjoint d'un tel ressortissant. Il semble que le préfet soit dans une situation de compétence liée car il est prévu qu'une carte délivrée en méconnaissance du texte doit être retirée.

657. La situation de polygamie effective fait donc obstacle à la délivrance de la carte de résident quel que soit le titre dont peut se prévaloir l'étranger, même s'il est parent d'un enfant français par exemple. Le constat par les autorités du statut polygame de l'étranger peut même être une cause de retrait. C'est la sanction employée pour garantir la prohibition du regroupement familial polygamique s'appliquant à celui qui aurait voulu contourner la règle en faisant venir des épouses hors regroupement familial pour établir une situation de fait dans l'espoir d'obtenir une éventuelle régularisation. L'article 30 alinéa 2 prévoit alors que les autres épouses ne pourront obtenir de titre de séjour ou se le verront retirer comme pour l'époux.

658. Les autorités administratives ont, semble-t-il, fait le choix d'une application stricte de la loi, application qui a été approuvée par le juge administratif. Il a en effet été jugé que « la protection des droits acquis par la délivrance de la carte de résident

⁷⁹⁴ Directive 2003/86/CE du conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial ; JOCE n° L 251 du 03/10/2003 p. 0012 - 0018.

obtenue antérieurement à 1993 ne joue plus quand il s'agit de demander le renouvellement de la carte [...], l'administration pouvant légalement refuser le renouvellement de la carte de résident d'un ressortissant vivant en état de polygamie ou de ses conjoints quelle que soit la date de délivrance de ce titre de séjour. »⁷⁹⁵. Dans l'arrêt G.I.S.T.I, les juges du Palais Royal ont refusé d'adopter le raisonnement par analogie qui aurait consisté à s'appuyer sur l'article 37 de l'ordonnance lequel dispose que le retrait ne s'applique « qu'à des étrangers ayant reçu un titre de séjour après l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993 ». Ils laissent tout de même un pouvoir discrétionnaire aux autorités administratives dans le cas précis du refus de renouvellement du titre de séjour puisque les juges ont employé le verbe « pouvoir » et non « devoir ».

659. Si la loi du 24 août 1993 a signé la fin du droit du regroupement familial aux étrangers polygames il est intéressant de voir la réaction de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question de la protection de la vie familiale des ménages polygames.

B- La solution de la Cour européenne des droits de l'Homme et l'applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme

660. La Convention Européenne des droits de l'homme prévoit bien entendu des dispositions relatives à l'égalité entre l'homme et la femme et la problématique de la famille. L'article 8 de la Convention garantit la protection de la vie familiale et de la vie privée et couvre des problématiques touchant à la vie des époux. Il consacre le droit pour toute personne au respect de sa vie privée et familiale. Il s'agit *a priori* d'un droit fondamental, dont l'exercice ne peut être entaché de discrimination. Les prémices de ce droit fondamental au respect de la vie familiale auraient pu permettre une protection conventionnelle de la vie familiale des polygames. L'article 8 peut-il avoir une incidence sur les dispositions de l'article 30 de l'ordonnance de 1945?

⁷⁹⁵ Arrêt GISTI, 18 juin 1997, req. N° 162517, classé en B ; C.A.A Douai 12 novembre 2002, *AJDA*, 28 avril 2003, p 851.

661. Avant de répondre à cette question, il est nécessaire de rappeler la portée de l'article 8 de la CEDH.

Pendant les années 80, la jurisprudence française tendait plus vers le renforcement de la protection de la vie familiale des étrangers, en droit interne, en accordant une grande place à la protection des droits et libertés individuelles des étrangers⁷⁹⁶. Le Conseil d'Etat avait même affirmé l'existence d'un principe général, celui du droit de toute personne vivant sur le territoire français de mener une vie familiale normale⁷⁹⁷. Ce principe subit certaines limites. Ainsi, le Conseil constitutionnel a considéré dans sa décision du 3 septembre 1986 que, si le Préambule de la constitution de 1946 assurait à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à leur développement, « il appartient au législateur d'apprécier les conditions dans lesquelles les droits de la famille peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public ». Le Conseil d'Etat a lui-même remis en cause cette égalité entre nationaux et étrangers en affirmant dans l'arrêt du 23 septembre 1988⁷⁹⁸ que les dispositions de l'ordonnance du 2 novembre 1945 constituent une législation spécifique et que le moyen tiré de ce que le régime applicable aux étrangers doit être aligné sur celui des nationaux doit, de ce fait, être écarté. La solution traditionnelle du Conseil d'Etat dans les années 80 selon laquelle « la mesure d'éloignement n'était pas susceptible par son objet de porter atteinte à la vie familiale de l'individu et [que] le refus de ce motif contribuait également à écarter l'invocation du principe général du droit [de mener une vie familiale normale] » est un élément de plus montrant la discrimination des étrangers face au droit à une vie familiale normale.

Ainsi, la protection de la vie familiale des étrangers trouve des limites dans le droit interne français. Elle peut subir des variations. Ces derniers dépendent des changements politiques puisque, « depuis 1981, chaque alternance apporte de nouvelles lois portant le nom du ministre de la nouvelle majorité et modifie dans un sens plus au moins libéral l'ordonnance de 1945 »⁷⁹⁹.

⁷⁹⁶ VANDENDRIESSCHE, in *Le droit de la famille. à l'épreuve des migrations transnationales*, op.cit. p 54.

⁷⁹⁷ CE, 8 décembre 1978, GISTI et autres, précité.

⁷⁹⁸ CE, 23 septembre 1988, ministre de l'intérieur/Mme Robalo-Lopès, Req. 77.464, RDP 1990-3, p882

⁷⁹⁹ D'HAËM, *L'entrée et le séjour des immigrés en France*, Que sais-je, PUF, 1999, p 19.

662. C'est dans ce cadre qu'intervient la Convention européenne des droits de l'Homme, malgré l'absence d'un droit des étrangers figurant dans le corps de son texte, sauf pour ce qui est de l'article 4 du protocole additionnel n°4⁸⁰⁰ et de l'article 7§2 du protocole additionnel n°7⁸⁰¹. Mais la Convention reste compétente en la matière grâce à son premier article, selon lequel les Hautes Parties contractantes s'engagent à l'égard de « toute personne relevant de leur juridiction ». Les nationaux comme les étrangers doivent donc pouvoir bénéficier de ces droits. De plus, de façon constante, le juge européen assure une protection « par ricochet » des droits garantis par la Convention. Cette solution a été renforcée par une protection complémentaire consacrée par l'adoption du protocole n°12, signé le 4 novembre 2000 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, venant proclamer et garantir un principe général de non-discrimination. L'article 1^{er} du protocole prévoit que la « jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune... »⁸⁰². Mais bien avant et dès 1967, la Commission européenne des droits de l'homme est intervenue dans ce domaine en établissant un lien entre l'expulsion et le droit à une vie familiale normale⁸⁰³.

663. L'applicabilité de l'article 8 s'est très vite étendue à toute la matière. En 1985, à l'occasion de l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, la Cour consacra l'application de l'article 8 au droit au regroupement familial, c'est-à-dire au droit pour l'étranger de rejoindre sa famille résidant régulièrement sur le territoire d'accueil. Trois ans plus tard, en 1988, lors de l'affaire *Berrehab*, la Cour confirme sa solution à propos du cas d'un ressortissant marocain immigré aux Pays-Bas, père divorcé d'un enfant néerlandais, auquel les autorités administratives avaient refusé le renouvellement du permis de séjour. Le droit à une vie familiale normale, consacré par la Convention européenne induit, dès lors, le droit pour la famille de demeurer

⁸⁰⁰ Protocole n°4 de la CEDH, 16 septembre 1963, entré en vigueur le 3 mai 1974.

⁸⁰¹ Protocole n°7 de la CEDH, 22 novembre 1984, entré en vigueur le 1er novembre 1988.

⁸⁰² V. C. PETTITI, « Le protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une protection effective contre les discriminations », *Revue hellénique des droits de l'homme*, n°13/2006, p. 805; *La non-discrimination: un droit fondamental*, Séminaire sur l'entrée en vigueur du Protocole n°12, Strasbourg, 11 octobre 2007, éd. du Conseil de l'Europe, 2007.

⁸⁰³ *X, Y, Z c/ Royaume-Uni*, 15 décembre 1967, req.3324/67, Annuaire de la Convention 1967, p 529 ; BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, 8ème éd., 2002, Dalloz, n° 136 p 376.

unie. Enfin, en 1991, dans l'arrêt *Moustaquim c/ Belgique*⁸⁰⁴, la Cour condamna la France qui avait prononcé une mesure d'éloignement du territoire à l'encontre d'un jeune délinquant marocain, immigré de la « seconde génération ».

664. Sous l'influence de la Cour, le Conseil d'Etat, qui refusait obstinément d'appliquer l'article 8 aux mesures de police des étrangers, a dû revenir sur sa jurisprudence. Il le fit dans l'arrêt *Belgacem*⁸⁰⁵ où il mit pour la première fois en balance les nécessités de l'ordre public avec le droit pour l'étranger de demeurer avec sa famille.

665. L'intervention du juge européen conduit nécessairement à un renforcement de la protection de la vie familiale des étrangers, ces derniers pouvant invoquer la violation de l'article 8 de la CEDH suite à une mesure de police ou contre une loi qui leur interdit d'avoir une vie familiale normale telle qu'elle est consacrée par leurs lois nationales. Cette hypothèse est encore plus probable au vu de l'élargissement de la notion de vie familiale consacrée par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

666. En effet, si la notion de vie de famille normale est restreinte par le droit français et le droit communautaire, la CEDH lui a donné une autre dimension. Il est aisé de comprendre que ce qui est normal pour les uns peut ne pas l'être pour d'autres. Une vie familiale normale signifie en réalité l'exigence de répondre à des critères de conformité. Il s'agit de critères économiques : l'étranger doit disposer de « ressources stables et suffisantes »⁸⁰⁶, mais aussi de critères sociologiques et culturels. Le Conseil constitutionnel a précisé que « les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie »⁸⁰⁷.

⁸⁰⁴ CEDH *Moustaquim contre Belgique* du 18 février 1991, requête numéro 12313/86, voir, C. NOURISSAT, « L'égalité en droit communautaire », *ARSP. Archives de philosophie du droit*, 01/01/2008, p. 195-205 ; M. VERWILGHEN, « Conflits de nationalité : plurinationalité et apatridie », *R.C.A.D.I.*, 01/03/1999, p. 9-484.

⁸⁰⁵ CE 19 avril 1991, *Belgacem*, Rec Lebon, p 493, JCP 1992, II, 21832, note Icard; D. 1991, p. 399, note Prétot, AJDA 1991, p 551, note JULIEN-LAFERRIERE, RFDA 1991, p 497.

⁸⁰⁶ Décret n° 76- 383 du 29 avril 1976 relatif aux conditions d'entrées et de séjour en France des membres des familles autorisées à résider en France, *J.O.* 2 mai 1976 p 2628 modifié par le décret n° 84-1080 du 4 décembre 1984, *J.O.* 5 décembre 1984 p 3733.

⁸⁰⁷ DCC n°93-325 du 13 aout 1993, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1993/93325dc.htm>.

667. Cette conception restrictive s'explique par le caractère réglementaire des textes qui abordent cette question. Le droit conventionnel, qui tend à faire du droit à mener une vie familiale un droit fondamental, donne forcément une nouvelle dimension à la notion de famille. De plus, l'indétermination de la notion de famille dans la convention donne à cet instrument une plasticité suffisante pour pouvoir être invoqué dans des situations variées. Les juges de Strasbourg peuvent ainsi se détacher de la définition juridique traditionnelle de la vie familiale (que l'on trouve dans les textes tels que l'ordonnance de 1945) pour apprécier au cas par cas son existence. Ils mettent l'accent sur la réalité, l'effectivité de la vie familiale.

668. Les effets de la formulation et de la définition de la vie de famille par la Cour européenne sont contraires à ce qui est prévu par l'ordonnance de 1945 et sont favorables au droit des étrangers. Les juges strasbourgeois entraînent un élargissement de la protection. En effet, ils envisagent le droit à la vie privée et le droit à une vie familiale comme ne faisant qu'un bloc, indivisible. Il va donc prendre en compte, pour juger qu'un arrêt porte atteinte au droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, des éléments qui relèvent en réalité de l'existence d'une vie privée et donc de l'existence d'un mode de vie particulier impliquant la présence d'une deuxième ou même une troisième épouse ainsi que les enfants issus de mariages polygamiques. L'arrêt Nasri⁸⁰⁸ illustre très bien cette attitude de la Cour qui utilise essentiellement des éléments qui s'apparentent à la vie privée, tels la durée du séjour, la langue, la scolarité, le travail, ...

669. Cette nouvelle dimension donnée à la notion de la vie familiale peut laisser croire en l'efficacité d'un recours des polygames devant la Cour européenne des droits de l'homme. Cet espoir a cependant été déçu.

670. Malgré les dispositions mises en place pour mettre un barrage contre la polygamie, la confrontation n'est pas impossible. Ainsi, le juge français doit chercher la loi compétente en activant la règle de conflit.

⁸⁰⁸ CEDH 13 juil. 1995, *Nasri c/ France*, V. BERGER, op.cit. 5ème éd. n°297, p 592. Voir cependant l'article de Mme Van Muyler, «Le droit au respect de la vie privée des étrangers », *RFDA* 2001, p 799 dans lequel elle montre que la Cour tend désormais à dissocier le contrôle du droit à la vie privée de celui du droit à la vie familiale.

III- La loi applicable à la polygamie

671. Malgré les développements il reste que le juge français peut se retrouver face à cette institution pour définir la validité de l'union afin de se prononcer sur ses effets. La règle de conflit entre en jeu et il est indispensable de comprendre quelle loi est compétente pour répondre au sort du ménage polygamique.

672. La jurisprudence a adopté plusieurs solutions en la matière qui ont été décriées à maintes reprises⁸⁰⁹. Plusieurs propositions doctrinales ont été formulées dans le but de remédier aux défaillances du système actuel et de parvenir à une reformulation de la règle de conflit.

673. Ainsi, jurisprudence et doctrine⁸¹⁰ se sont accordées sur un élément concernant la validité du mariage polygamique qui n'est soumise qu'aux lois nationales respectives des deux époux. La jurisprudence est restée cohérente et elle s'est établie⁸¹¹ sur le fait de considérer la seconde union comme valable dès lors qu'il s'agit d'époux ayant tous deux une loi nationale admettant le mariage polygame le jour de sa célébration.

674. Pour ce qui est de la doctrine, trois courants se distinguent avec la même volonté d'interdire la polygamie aux maris déjà engagés dans les liens d'un mariage polygamique. Le premier propose de prendre en considération la volonté des époux quant à la détermination de la loi applicable (A), un deuxième, se dirige vers la soumission de ce type d'union à la loi des effets du premier mariage (B). Le dernier courant plaide pour la consultation de toutes les lois en présence, c'est-à-dire celle du mari, celle de la première épouse ainsi que celle de la seconde épouse (C).

⁸⁰⁹ K. ZAHER, *Conflit de civilisations et droit international privé*. op.cit., p. 254

⁸¹⁰ B. AUDIT, op. cit., n° 655, p. 521 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. II n° 414 ; J. M. BISCHOFF, « Le mariage polygamique en droit international privé », *Trav. Com. Fr. DIP.* 1980-1981, préface de P. Bourel, n° 16 et s., pp. 17-18.

⁸¹¹ T.G.I Paris, 21 juin 1967, *Rev. crit. DIP.* 1968, p. 294, note BATIFFOL; C.A. Lyon, 21 mai 1974, *D.* 1975, p. 9, note P. GUIHO; C. A. Paris, 14 juin 1995, p. 156, note F. BOULANGER, *Rev. crit. DIP.* 1997, p. 41, note P. GANNAGE; C. cass., 1^{ère} ch. civ., 24 septembre 2002, *Deffrénois* 2002, 1467, observations J. MASSIP, *JCP.* 2003. II. 10007, conclusion J. SAINT-ROSE, note A. DÉVERS, *R.T.D.civ.* 2003, p. 62, observations J. HAUSER, *Rev. crit. DIP.* 2003, p. 271, note B. BOURDELOIS.

A- Le rôle de la volonté des époux dans le choix de la détermination de la règle applicable

675. Mme Bourdelois a, dans sa thèse intitulée « Mariage polygamique et droit positif français »⁸¹², proposé une règle de conflit à plusieurs échelles, basée sur la détermination de la nature du mariage, polygamique ou monogamique.

676. Il faut d'abord s'assurer que le candidat au mariage plural est de statut polygamique. Cela découle obligatoirement de la consultation de sa loi nationale. Dans le cas d'un ressortissant marocain, la réponse ne peut être que positive puisque le Code marocain n'a pas mis un terme à l'institution polygamique. L'auteur suggère de procéder, après confirmation du statut polygamique du futur époux, à la localisation objective du premier mariage pour déterminer sa nature mono ou polygamique suivant une série d'indices.

677. Le premier indice est celui des lois personnelles des deux époux. Si ces dernières autorisent la polygamie, le mariage sera « virtuellement polygamique »⁸¹³. Le deuxième indice, dans le cas de l'échec de la première hypothèse est celui du domicile conjugal. Ce deuxième indice renforce le premier, c'est-à-dire le statut personnel des époux, si le domicile conjugal se trouve dans un pays autorisant la polygamie. Il renforce celui de la loi nationale du mari en faveur de la polygamie. Dans le cas où le domicile conjugal est situé dans un pays interdisant l'institution, il aura l'effet contraire, c'est-à-dire il renforcera l'indice du statut personnel de l'épouse relevant d'un statut personnel interdisant la polygamie pour conclure au caractère monogamique du mariage. À défaut d'indices concordants, l'auteur propose de tenir compte de la loi du lieu de célébration du mariage cumulée avec d'autres indices. Enfin, le mariage devra être monogamique dans le cas où l'époux aurait inséré une clause de monogamie dans le contrat du mariage⁸¹⁴.

⁸¹² B. BOURDELOIS, *Mariage polygamique et droit positif français*, GLN Joly 1993, préface de P. Bourel.

⁸¹³ B. BOURDELOIS, *op.cit.*, n° 145, p.88

⁸¹⁴ P. LAGARDE, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et la répudiation », in hommage à F. RIGAUX, *op.cit.*, pp. 275 et s.

678. La proposition présentée dans la thèse de M. Bourdelois tend vers une tolérance vis-à-vis de la polygamie qui n'est pas tout à fait réaliste⁸¹⁵ puisqu'elle se heurte non seulement à l'état actuel de l'opinion française qui est défavorable à l'accueil de cette institution tant décriée à juste titre⁸¹⁶ mais aussi à la volonté de plusieurs pays musulmans dont le Maroc de limiter de plus en plus la pratique de cette institution. L'intégration sociale des foyers polygamiques se révèle particulièrement difficile en France puisqu'ils vivent dans un état d'enfermement et d'exclusion.

679. La deuxième critique concernant la proposition de M. Bourdelois est qu'elle se fonde essentiellement sur la détermination d'indices concordants, ce qui peut porter atteinte à la prévisibilité juridique puisque, à défaut de ces indices, il n'y aurait pas de solution au cas où les époux auraient procédé à une double célébration civile et religieuse⁸¹⁷. Afin de connaître leur statut, les époux doivent obligatoirement recourir à un juge. Enfin, la règle qui pose la présomption du caractère monogamique du premier mariage lorsque la loi nationale de l'épouse ainsi que la loi du domicile conjugal relèvent d'un système juridique monogamique ne peut fonctionner que dans un système juridique unifié. L'exemple donné par M. Zaher démontre que dès qu'il s'agit d'une Française mariée à un Libanais et domiciliée avec son conjoint au Liban, la règle devrait rester lettre morte puisque le système juridique libanais est pluraliste sauf s'il faut prendre le risque de considérer le statut musulman comme prioritaire⁸¹⁸.

B- L'application de la loi des effets du premier mariage

680. Cette thèse se fonde essentiellement sur la protection de la première épouse. Les tenants de cette proposition refusent de prendre en compte les lois nationales respectives du mari et de la deuxième épouse pour estimer la validité du mariage polygamique. Ils préconisent de déduire des effets du premier mariage une exigence

⁸¹⁵ K. ZAHER, op. cit., n° 363, p. 256.

⁸¹⁶ P. BOUREL, préface à la thèse de B. BOURDELOIS, op. cit., p. IX; v. aussi, I. FADLALLAH, *Rép. Dalloz dr. Int.*, n°23.

⁸¹⁷ M. -C. NAJM, op. cit., n°425 p. 403.

⁸¹⁸ K. ZAHER, op. cit., p. 256

de monogamie laquelle vaudra empêchement aux autres unions⁸¹⁹. Cette thèse reste très limitée. Tout d'abord, elle omet de prendre en considération la situation de la première épouse de statut monogamique installée dans un pays musulman juste après son mariage avec un mari de statut polygamique. Enfin, la préoccupation majeure consistant à protéger la première épouse n'est pas satisfaisante puisque l'impact est ressenti par la société du for dans son ensemble.

C- La consultation de toutes les lois en présence

681. Cette autre proposition part du constat que le mariage polygamique n'est pas une relation bilatérale mais triangulaire (ou plus), impliquant le mari et la deuxième épouse mais aussi la première épouse dans le cadre d'une union plurale. Ce courant préconise de soumettre ce type d'union, non seulement aux lois nationales du mari et de la seconde épouse, mais aussi à celle de la première épouse.

C'est M. Lequette qui en est le porteur en soutenant l'idée selon laquelle « l'empêchement devrait être non bilatéral mais trilatéral : l'union polygamique étant une relation à trois (ou plus), sa validité sera subordonnée à son admission par toutes les lois personnelles de tous les intéressés, mari, deuxième épouse, mais aussi première épouse »⁸²⁰. L'idée est reprise par d'autres auteurs et elle a fait école. D'ailleurs, selon Mme Najm, « la solution a le mérite de protéger en toutes circonstances la première épouse de nationalité française ou plus généralement, de statut monogamique »⁸²¹. En revanche, l'auteur considère comme « normal que l'étrangère dont la loi personnelle admet la polygamie subisse les effets de son statut, la solution contraire remettrait en cause la validité même de l'union polygamique »⁸²².

⁸¹⁹ A. PONSARD, note sous C. cass., ch. civ., 1ère sect. civ., 19 février 1963, *Clunet* 1963, p. 986, spéc. 994; I. FADLALLAH, *La famille. légitime en droit international privé (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage)*, Dalloz 1977, Bibliothèque de droit international privé, préface de H. BATIFFOL, vol. XXIII, n° 198, p. 186.

⁸²⁰ Y. LEQUETTE, note sous C. cass., 1^{ère} ch. civ. 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP.* 1989, p. 17, spéc. p. 78

⁸²¹ M. C. NAJM, op. cit., n°425, p.403

⁸²² *Ibid*, n°428, p. 407

682. Cette solution n'emporte pas l'adhésion de M. Zaher⁸²³ qui s'est prononcé sur le sujet. Il avance que c'est parce qu'elle règle le problème de la première épouse française mais qu'elle n'apporte aucune solution à la première épouse qui a un statut personnel polygamique ce qui ne résout nullement le problème de l'accueil des effets de la polygamie sur le territoire français. Les candidats au statut personnel polygamique, comme les Marocains, peuvent toujours contracter un mariage polygamique au pays et imposer ses effets à la première épouse marocaine vivant en France sur le territoire français.

683. Deux exemples démontrent la possibilité de créer des situations choquantes si la solution proposée tend à s'appliquer en pratique. La première situation concerne un Marocain marié à une femme de nationalité française. Quelques années plus tard, le mari décide de rentrer au Maroc, de façon définitive et contracte un second mariage avec une Marocaine conformément à la loi marocaine. Le deuxième exemple traite cette fois d'époux de nationalité marocaine résidant en France et le mari décide de contracter un deuxième mariage polygamique avec une autre marocaine malgré le fait que cette dernière est domiciliée en France, en effectuant un voyage au Maroc pour le conclure après l'obtention de l'autorisation du juge marocain.

La proposition conduira alors, à déclarer nul le mariage d'une deuxième épouse n'ayant aucune attache avec l'ordre juridique français en dépit de sa bonne foi pour la seule raison que la première épouse est de nationalité française. Ainsi, en consultant la loi de la première épouse, le mariage de ce Marocain qui vit au Maroc et qui n'a d'attache avec la France que la nationalité de sa première épouse est nul.

684. Alors que pour le deuxième exemple, la solution tendra à déclarer valable une union polygamique où la mauvaise foi de la seconde épouse et du mari est criante et ce pour la simple raison que toutes les parties à cette union sont de statut polygamique. Ainsi, la proposition soutient la reconnaissance d'un mariage polygamique où la mauvaise foi des deux époux ne fait guère de doute et condamne une union bien ancrée dans un pays étranger et célébrée entre deux époux de bonne

⁸²³ K. ZAHER, op. cit., n° 368, p. 258

foi. Le Doyen Batiffol avait écrit que le juge ne devait méconnaître que « l'équité ne peut faire abstraction de ce que les justiciables vivent dans une société gouvernée par des règles qu'ils sont censés devoir connaître et respecter »⁸²⁴. La monogamie en est incontestablement une⁸²⁵.

685. En conclusion, cette proposition ne prend en considération que le sort des femmes ayant la chance d'être sous l'empire d'un statut monogame ce qui paraît inégalitaire envers les épouses marocaines qui se trouvent, qu'elles le veuillent ou non, sous le monopole d'une loi autorisant la polygamie. Il serait extrêmement choquant de vouloir combattre la polygamie en la déclarant incompatible avec une valeur du for tout en rétrécissant le cercle des femmes bénéficiaires du principe de monogamie aux seules premières épouses françaises ou celles de statut monogamique en général. D'où le recours par certains au principe constitutionnel d'égalité⁸²⁶... Or, il n'est pas sûr que le principe constitutionnel d'égalité ne doive bénéficier qu'aux seuls citoyens français ou de statut monogamique⁸²⁷ puisque cette inégalité dépasse la volonté des femmes marocaines qui n'ont pas choisi leur statut personnel mais elles ont bien choisi de vivre dans un pays prônant justement l'égalité entre les sexes et l'égalité devant le juge.

Les promoteurs de cette thèse⁸²⁸, confirment que la solution proposée a pour objectif avoué la protection de la première épouse française ou de statut monogamique en général⁸²⁹.

⁸²⁴ H. BATTIFOL, « Problèmes de frontières : droits et politique », in choix d'articles, *LGDJ* 1976, p. 435, spéc. p. 444

⁸²⁵ K. ZAHER, op. cit., n° 368, p. 258

⁸²⁶ B. ANCEL, « Le statut de la femme du polygame » in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, art. précité p. 116.

⁸²⁷ TGI Orléans, 17 mai 1984, *Rev. cri. DIP.* 1986, p. 307, note F. MONEGER. Tout en considérant que « l'égalité entre les hommes et les femmes [comme] étant un principe constitutionnel », les juges du fond l'invoque ici dans une affaire concernant un ménage polygame où toutes les parties étaient de nationalité marocaine.

⁸²⁸ K. ZAHER, op. cit., 369, p. 259

⁸²⁹ B. AUDIT, op. cit., n° 105, pp. 82-83 ; P. MAYER, V. HEUZE, op. cit., n° 114, p. 78 ; V. aussi, Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », com. préc., p. 43 spéc. p. 44 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, op. cit., n° 289 à 294, pp. 182-184

686. Mais il est louable de rappeler qu'une règle de conflit bilatérale doit rester indifférente aux résultats matériels pour ne pas perdre sa neutralité⁸³⁰. La thèse déroge à cette idée en proposant de consulter la loi nationale de la première épouse. Ainsi, la règle de conflit protégera la femme de statut monogamique mais est indifférente à l'égard des autres premières épouses, de statut polygamique. À cet égard, il a déjà été remarqué que l'application cumulative de plusieurs lois conduit à « favoriser sans le dire un des adversaires et détruire l'égalité des parties »⁸³¹. Pourtant, comme le rappelle M. Zaher, l'étiquette de « premières épouses malgré elles »⁸³², s'applique aussi bien aux unes qu'aux autres⁸³³, même si ces épouses connaissent leurs propres droits et n'ignorent rien de leur statut personnel. Cela ne justifie pas une inégalité quant au sort de leur mariage. De plus, il est choquant que cela soit reçu et autorisé sur un territoire où ces femmes se pensaient protégées.

687. Il est difficile de comprendre les raisons de juger la validité de l'union polygamique selon que la première épouse est de statut monogamique ou étranger de statut polygamique. L'application de cette règle suppose « l'existence en France de deux catégories de femmes, les françaises ou plus généralement les femmes de statut monogamique qui ont droit à l'égalité et à la protection de l'ordre juridique du for et les autres qui peuvent être confinées à une sorte de “ghetto coupé des valeurs” de la société où elles vivent »⁸³⁴. C'est d'ailleurs à juste titre que la Cour de cassation s'est toujours refusé à s'engager dans cette voie. Dans l'arrêt du 24 février 2002⁸³⁵, les Hauts magistrats n'ont pas déduit la nullité du second mariage du caractère monogamique du premier, et ce malgré l'invitation faite en ce sens par l'avocat général⁸³⁶.

⁸³⁰ Y. LOUSSOUARN, « la règle de conflit est-elle neutre ? », p. 43, spec. p. 44 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE, *Droit international privé*, éd. Maçon, pp. 182-184, n° 289 à 294 ; P. MAYER, V. HEUZE, *Précis du droit international privé*, Montchrétien 8^{ème} éd. 2004 p. 78, n°114 ; B. AUDIT, op. cit., n°105, p. 82-83.

⁸³¹ W. WENGLER, « Les conflits de lois et le principe d'égalité », *Rev. cri. DIP*, 1963, p. 203, spec. p. 214 à 215

⁸³² Expression utilisée par Y. Lequette dans sa note sous C. cass., 1^{ère} ch. civ. 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP*. 1989, p. 78

⁸³³ K. ZAHER, op. cit., n° 369, p. 259

⁸³⁴ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grand arrêts du DIP.*, p. 278.

⁸³⁵ C. cass. 1^{ère} ch. civ., 24 septembre 2002

⁸³⁶ Conclusions de J. SAINT-ROSE, conclusions sous C. cass. 1^{ère} ch. civ., 24 septembre 2002, *JCP*. 2003. II. 10007

688. La position de la Cour reste constante malgré les différentes propositions doctrinales. La règle de conflit française consiste à apprécier la régularité du mariage polygamique sous l'angle d'une application distributive des lois nationales respectives du mari et de la deuxième épouse, abstraction faite de la loi de la nationalité de la première. Cette application garde tout son intérêt sous réserve du jeu éventuel de l'exception d'ordre public. Il n'en va pas de même des solutions relatives aux effets produits par les unions polygamiques qui feront partie des développements traitant des effets du mariage marocain en France.

689. Il est aussi intéressant de connaître la position de la Cour européenne des droits de l'homme vis-à-vis de la polygamie.

Paragraphe III : La polygamie face à la Convention européenne des droits de l'homme

690. La protection offerte par la convention à travers l'article 8 exclut les ménages en situation de polygamie (I). A vrai dire, la Cour européenne des droits de l'Homme ne s'est pas seulement arrêtée à ce point puisque la polygamie est considérée comme contraire à un ordre public dit européen (II).

I- Une protection relative excluant l'institution polygamique

691. Il faut d'abord répondre à une question qui est de savoir si la vie en état de polygamie fait partie du droit à une vie familiale. La réponse ne peut être aisée. M. Vandendriessche a essayé d'y répondre dans l'ouvrage intitulé *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*⁸³⁷. S'il s'agit d'un sujet qui alimente bien des débats, la conclusion reste que ce droit n'est pas absolu. La Convention européenne a posé des limites à la protection du droit à la vie familiale dans le même article 8 et précisément dans son alinéa 2 puisqu'elle a autorisé les ingérences de l'Etat dans l'exercice par un individu de son droit au respect de la vie familiale.

⁸³⁷ X. VANDENDRIESSCHE : « Le droit à la vie familiale est-il un droit fondamental ? », in *Le droit de la famille. à l'épreuve des migrations transnationales*, op.cit., p.53.

692. Cette ingérence doit répondre à des conditions prévues par l'alinéa 2 de l'article 8 de la CEDH qui précise les cas dans lesquels il peut y avoir une ingérence : cette dernière doit être nécessaire à la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, du bien-être économique du pays, de la défense de l'ordre et de la prévention des infractions pénales, de la santé ou de la morale ou des droits et libertés d'autrui. Il est aisé de constater que cette clause a un contenu très large qui peut permettre, en théorie, de légitimer la plupart des ingérences de l'Etat dans la vie familiale⁸³⁸. De plus, l'Etat bénéficie d'une marge d'appréciation sur le plan du choix entre les moyens de l'ingérence et leur mise en œuvre.

693. L'article 8 se trouve limité par la Convention dont il découle puisque la Cour affirme que « les Etats contractants ont en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités internationaux y compris de la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux »⁸³⁹. Le principe de souveraineté des États est affirmé et limite le rôle de contrôle que peut exercer la Convention sur ces derniers. La Convention implique un pouvoir d'appréciation de l'Etat dans son ingérence dans l'exercice du droit à mener une vie familiale normale selon une conception de la normalité définie par l'Etat et ses institutions. Cela est de plus en plus prégnant quand cette ingérence intervient dans les décisions relatives à l'entrée, au séjour ou l'éloignement des étrangers.

694. Même si l'Etat contractant peut être sanctionné du non-respect de ses engagements conventionnels comme il est prévu par l'article 8 qui ne se contente pas de « prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics, mais qu'il peut engendrer des obligations positives à la charge de l'Etat »⁸⁴⁰, le regroupement familial ne semble pas faire partie de ces obligations.

⁸³⁸ C. PICHERAL, *L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, la documentation française, coll. Monde européen et international, Paris 2001, p 48.

⁸³⁹ Voir, notamment, CEDH Ahmed c. Autriche, 17 décembre 1996, Requête n° 25964/94, Rec.1996-VI, p. 2206. Cf. H. LABAYLE, « L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale, in Fulchiron H. *Les étrangers et la convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1998, p. 98.

⁸⁴⁰ CEDH, arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A, n° 31, p.15 ; BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, op.cit. 8ème éd., n° 132, p 365. Voir également, SUDRE (F), *Droit international européen des droits de l'homme*, PUF, 2ème éd. 1995, p 148 et s.

695. C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui, par sa jurisprudence, pose les limites de ces dispositions lorsqu'il s'agit du regroupement familial⁸⁴¹. Alors que le Conseil constitutionnel affirme que le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale « comporte la faculté pour les étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs »⁸⁴², la Cour a pour seule exigence envers l'Etat, que ce dernier vérifie si cette vie peut être menée ailleurs avec succès⁸⁴³.

696. Enfin, l'ambiguïté a été complètement effacée pour les familles polygames lorsque la Cour s'est prononcée à ce sujet lors d'une affaire, Alilouch El Abasse contre les Pays-Bas, le 6 janvier 1992, où, en effet, elle a déclaré que « l'Etat ne peut pas être tenu, au regard de la convention, de reconnaître pleinement les mariages polygames qui sont contraires à son propre ordre juridique »⁸⁴⁴.

697. Cette absence de protection envers les familles polygames ne s'explique pas seulement par le principe de souveraineté des Etats membres de la Convention mais aussi par l'émergence d'un ordre public européen qui s'oppose à l'institution polygamique, qu'elle soit marocaine ou qu'elle vienne d'un autre ordre juridique.

II- L'ordre public européen face à la polygamie

698. La position de la Cour européenne des droits de l'homme sur le droit des étrangers à mener une vie familiale normale s'explique par la création d'exigences européennes qui s'adaptent à l'évolution des droits internes des pays européens⁸⁴⁵.

Ainsi, il est possible de parler d'un certain ordre public européen qui est une sorte d'émanation des droits internes, une révélation de valeurs européennes prééminentes qui permet d'en dessiner les contours. Il n'existe donc pas d'ordre public européen

⁸⁴¹Décision de la commission du 24 avril 1965, req n° 1855/63, Ann. Conv., vol VIII, p 203 : « le droit pour une personne de pénétrer et de s'établir dans un pays dont elle n'est pas ressortissante n'est pas garanti en tant que tel par la convention ».

⁸⁴² LABAYLE (H) in *Les étrangers et la convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, op.cit. (note n° 142), p 105.

⁸⁴³Dans ce sens : arrêt Güll contre Suisse, CEDH, 19 février 1996, BERGER (V), *Jurisprudence de la CEDH*, op.cit. 5ème éd. n° 28 p. 599.

⁸⁴⁴CEDH 6 janvier 1992, Alilouch El Abasse c. Pays-Bas, Req. 14501/89.

⁸⁴⁵ M. FARGE in *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, n°4, p 66.

autonome. L'absence de prise de position de la Cour face aux sujets non consensuels le prouve. Il ne faut pas oublier l'un des rôles essentiels de la jurisprudence de la Cour qui n'est souvent qu'une « tentative de conciliation des traditions nationales »⁸⁴⁶. Le rejet unanime des unions polygamiques par les pays de l'union laissait donc présager la faiblesse de la protection conventionnelle qui leur serait réservée.

699. Le Conseil d'Etat décidera dans l'arrêt Sakho qu'une femme en situation de polygamie n'avait pas de fondements à se prévaloir des stipulations de l'article 8 de la CEDH⁸⁴⁷. Dans cette affaire, une femme était entrée irrégulièrement en France pour rejoindre son mari qui y résidait avec une première épouse. Un arrêté préfectoral lui avait refusé la délivrance d'un titre de séjour comme prévu par l'article 15, 3°, de l'ordonnance de 1945 en se fondant sur son entrée et son maintien irréguliers sur le territoire français, d'une part, et sur sa situation matrimoniale, d'autre part. Considérant que l'arrêté violait l'article 8 de la CEDH, le Tribunal administratif de Châlons-sur-Marne l'avait annulé. Pour le Conseil d'Etat l'arrêté d'expulsion était légal, aux motifs que « Mme Sakho est la seconde épouse de M. Sakho, lequel réside en France, et qu'elle vit en état de polygamie [et] qu'elle ne peut ainsi utilement se prévaloir des stipulations de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour contester le bien-fondé du second des motifs retenus par le préfet ».

700. La référence à l'article 15, 3° de l'ordonnance de 1945 attire l'attention puisqu'elle permet de comprendre des éléments de fait importants, l'arrêt étant lui-même pauvre en précisions. En l'espèce, la requérante sollicitait un titre de séjour en qualité de mère d'un enfant français résidant en France puisque l'article 15 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 prévoit que « sauf si la présence de l'étranger constitue une menace pour l'ordre public, la carte de résident est délivrée de plein droit, sous réserve de la régularité du séjour : (...) A l'étranger qui est père ou mère d'un enfant français résidant en France, à la condition qu'il exerce même partiellement l'autorité parentale à l'égard de cet enfant ou qu'il subvienn

⁸⁴⁶ COUSSIRAT-COUSTERE, M. FARGE, art. précité, p.66.

⁸⁴⁷ CE 29 décembre 2000, Sakho, AJDA 2003, jurisprudence, p 851. Confirmé ultérieurement dans l'arrêt Lakhali, C.E 2 octobre 1996, req. juris-data n° 156257, texte intégral in *Juridisque Lamy* (cité par M. FARGE in *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle* p 65).

effectivement à ses besoins. ». Elle s'est donc basée sur cet argument sans invoquer sa qualité d'épouse d'un étranger autorisé au séjour. En annulant la décision des premiers juges, le Conseil d'Etat reconnaît, conformément à la lettre de l'article 15 *bis* de l'ordonnance, que la situation de polygamie en France oblige le préfet à refuser la délivrance de la carte de résident quel que soit le titre auquel l'étranger pourrait en bénéficier, sans qu'aucun contrôle de proportionnalité n'ait lieu.

701. La requérante est ainsi privée de l'examen individuel tel qu'il résulte habituellement du mécanisme de l'article 8 de la Convention. La formulation du texte dicte-t-elle une telle démarche pourtant inhabituelle en droit des étrangers ? Selon M. Farge⁸⁴⁸, « rien n'imposait d'abandonner le contrôle de proportionnalité entre le but poursuivi par la mesure en cause et la nécessité de protéger la vie familiale des étrangers ». Cependant, le Conseil d'Etat avait procédé, de toute évidence, en accord avec la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 qui consacre l'interprétation du droit à mener une vie familiale normale en fonction des normes de la société d'accueil, et de la politique d'intégration mise en place par le pouvoir législatif. Ainsi, l'objectif du législateur était clairement d'empêcher le regroupement familial des polygames afin de combattre les effets néfastes de la jurisprudence Montcho. Cela répond parfaitement aux exigences de la Cour européenne des droits de l'homme de permettre aux Etats signataires l'application pure et simple de leur loi concernant l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire et la mise à l'écart d'une institution contraire à leur valeur comme la polygamie.

⁸⁴⁸ In Le statut familial des étrangers (...), op.cit. (note n°4), p 66.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

702. Les réformes considérables du Code marocain de la famille quant à la formation du mariage tendent vers plus de simplicité pour les Marocains résidents à l'étranger et notamment en France. Reste que les conflits traditionnels entre les deux systèmes persistent encore. Et pour cause, les règles marocaines choquant l'ordre public français résistent à toute tentation de réforme comme l'interdiction du mariage entre une Marocaine musulmane et un non musulman.

703. Le rôle joué par la convention franco-marocaine perd de plus en plus son sens. L'interrogation sur l'utilité réelle de cette convention et sur le besoin de la création d'un nouvel outil plus efficace pour harmoniser les deux systèmes persiste. Il est même possible de se demander si cette harmonisation est possible tant que chaque partie insiste sur ses solutions.

704. N'est-ce pas au Maroc de revoir sa copie pour réformer des institutions comme la polygamie. Ce type d'union a connu une évolution, sa procédure est plus complexe, tendant à décourager les candidats au mariage polygamique. Mais son existence est toujours d'actualité. La solution de l'ordre juridique français est justifiée par la volonté de défendre ses principes fondamentaux. Ainsi, les Marocains résidant à l'étranger se trouvent face à un double défi avant de penser à fonder un ménage polygamique : l'autorisation du juge marocain et le rejet de l'union sur le territoire français. Ce double obstacle servira certainement à la fin des unions polygamiques, au moins pour les Marocains se frottant directement avec la France.

705. L'échec de la convention franco-marocaine dont le but était d'assurer harmonisation entre les deux systèmes était prévisible et insurmontable. Sa dimension se ressent plus en France qu'au Maroc, en raison de l'importance de l'immigration marocaine. L'ordre juridique français ne peut, au nom de la convention, accepter des lois bafouant ses principes les plus fondamentaux et cela même si l'harmonisation est en péril. La même conclusion se dresse en ce qui concerne les effets du mariage marocain qui ont que peu de place sur le sol français.

CHAPITRE II : LES EFFETS DU MARIAGE MAROCAIN EN FRANCE

706. Comme pour ce qui est de la reconnaissance du mariage marocain par l'ordre juridique français, les effets de ce dernier passent aussi par le filtre des principes considérés comme fondamentaux par le for avant de se faire reconnaître devant le juge français.

707. C'est certainement lors de l'étude des effets du mariage dans les rapports entre les époux et celui entre les parents et les enfants que la différence entre la notion de famille entre les deux systèmes, se fait le plus sentir. Plusieurs interrogations sont amenées devant le juge français. Ce dernier est entre deux attitudes. La première est intransigeante lorsqu'il s'agit d'affirmer un principe considéré comme fondamental par l'ordre juridique français comme celui de l'égalité entre les époux. La seconde consiste à adopter une position mouvante pour ce qui concerne la loi marocaine interdisant l'établissement de la filiation naturelle.

708. Ce chapitre donnera lieu à une étude sur la pratique du droit international privé français, tantôt entre l'acceptation et le rejet du droit marocain mais aussi dans la difficulté de reconnaître une institution inédite, sans équivalent en droit français, la kafala.

709. Il conviendra de commencer l'étude par les effets du mariage entre les époux marocains sur le territoire français (section I), avant de voir toutes les difficultés subies par le juge français pour tout ce qui concerne la filiation marocaine et la kafala (section II). Si l'accent n'est mise que sur les époux marocains, c'est parce que la question ne se pose plus dès que l'un des époux est français ce qui implique la compétence de la loi française.

Section I : Les effets du mariage entre les époux marocains en France

710. Pour ce qui est de la réception des effets du mariage, la réflexion se partage en deux volets, les effets personnels entre les époux (paragraphe I) et les effets pécuniaires (paragraphe II).

Paragraphe I : Les effets personnels entre époux marocains résidant en France

711. Les époux marocains, dès lors qu'ils résident en France, arrivent non seulement avec leur culture et leur religion mais aussi avec une notion de la famille différente de celle qui existe dans leur terre d'accueil. Les Marocains voyagent et s'installent souvent avec leur statut personnel en bagage. Ce statut personnel se voit de plus en plus absent pour ce qui est des lois qui régissent la matière puisque c'est celle du domicile qui se trouve le plus souvent compétente (I).

712. La notion marocaine a ses propres critères qui ne sont pas toujours en accord avec le principe par excellence en droit français, qui doit absolument être respecté entre les deux époux, celui de l'égalité. Ainsi, la place de la Convention européenne des droits de l'Homme sera importante et doit être prise en considération pour régir les relations personnelles entre les époux marocains (II).

I - La loi applicable aux effets personnels entre loi nationale et loi du domicile

713. En dépit de la divergence des systèmes juridiques quant aux effets personnels du mariage, le contentieux franco-marocain paraît plus faible en comparaison de celui traitant de la formation du mariage ou de sa dissolution. Cela peut surprendre au regard de la présence des familles marocaines ou mixtes sur le territoire français, ce qui suscite naturellement la mise en cause du droit international français. Mais comme le soulignent M. B. Audit et M. L. d'Avout, « la rareté du contentieux n'en est que plus remarquable et remarquée »⁸⁴⁹. Cela peut s'expliquer par le fait que les

⁸⁴⁹ B. AUDIT et L. d'AVOUT, *Droit international privé*, éd. Economisa. 6ème éd, n° 670.

conflits entre époux font rarement l'objet de confrontations juridiques et que la voie du divorce reste le meilleur moyen de mettre à jour leurs conflits personnels.

714. Ces effets du mariage sont soumis au principe de l'article 3, alinéa 3 du code civil, à savoir le rattachement de la question au statut personnel. Cela s'est imposé au vu du lien très étroit entre l'état de la personne, le mariage et ses effets. Aussi la loi nationale des époux a-t-elle une vocation « naturelle » à régir ces effets⁸⁵⁰ ? C'est également la solution prévue par la Convention franco marocaine du 10 août 1981⁸⁵¹ qui prévoit que les effets du mariage sont soumis à la loi nationale des époux si ces derniers jouissent de la même nationalité. En revanche, lorsqu'ils sont de nationalité différente, c'est la loi du domicile commun qui aura vocation à s'appliquer. Mais avant de voir comment la loi marocaine régit ces effets, il faut en premier lieu éclaircir ce qui est exclu de la catégorie des effets personnels entre les époux (A) et ce qui entre dans cette catégorie (B) pour voir l'effectivité de la compétence de la loi marocaine (C).

A- Les questions exclues de la catégorie des effets personnels du mariage

715. Avant de pénétrer dans le vif du sujet, il est indispensable de mettre la lumière sur la détermination de ce qui entre dans le domaine des effets personnels du mariage entre époux. Car il ne faut pas oublier que le contenu du statut personnel en France a connu des changements que le statut personnel marocain ignore. Ainsi, il a été affiné et des sous-catégories sont apparues au fur et à mesure que se faisait sentir le besoin d'une règle de conflit spécifique.

716. Ces sous-catégories ont connu à leur tour des subdivisions dans la même optique. Celle des effets du mariage, dissociée de la formation du mariage, a connu ainsi des « amputations » notables, à telle enseigne que le domaine qui lui est réservé paraît résiduel. La loi des effets du mariage n'a pas vocation à régir l'intégralité des rapports familiaux⁸⁵². Outre l'exclusion, remontant à la nuit des temps des régimes

⁸⁵⁰ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, T. II, n°430, qui soulignent que cette considération se suffit à elle seule et n'a pas besoin d'autre justification.

⁸⁵¹ Art. 7 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981.

⁸⁵² B. BOURDELOIS, V°Mariage, *Répertoire droit international*, n° 134.

matrimoniaux⁸⁵³, la filiation et le divorce ont été à leur tour, à une époque beaucoup plus récente, dissociés des effets du mariage à la suite des réformes importantes intervenues en 1972 et 1975. La filiation légitime a connu une évolution similaire : elle était, jusqu'à la rédaction des articles 311-14 à 311-18 du Code civil issus de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, soumise à la loi des effets du mariage parce qu'elle « était considérée comme une suite directe du mariage »⁸⁵⁴.

717. En posant des règles spécifiques, propres à l'établissement de la filiation, le législateur a consacré l'autonomie de cette catégorie par rapport aux effets du mariage. Notons que la suppression par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 de l'article 311-16 du Code civil, qui avait trait à la légitimation qui pouvait être régie par la loi des effets du mariage, a définitivement mis fin à toute ambiguïté à ce sujet. Il n'en reste pas moins que l'adoption réalisée par deux époux est toujours régie, quant à elle, par la loi des effets du mariage⁸⁵⁵. La filiation et le divorce ne relèvent pas du mariage, ni de ses effets, et sont donc traités ailleurs ; il en va de même pour les effets du mariage sur la nationalité des époux ou sur les conditions de séjour de l'étranger en France, cette question ne laissant pas la place à un conflit de lois et relevant exclusivement de la loi française.

718. Pour ce qui est de l'obligation alimentaire, si traditionnellement elle était rattachée aux effets du mariage⁸⁵⁶, la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires⁸⁵⁷, en incluant dans son champ d'application toutes les obligations alimentaires découlant de relations de famille⁸⁵⁸, a rendu caduque⁸⁵⁹ cette solution en édictant des règles spécifiques⁸⁶⁰. L'exclusion des obligations alimentaires entre époux de la catégorie des effets du mariage est confirmée dans le cadre de conventions bilatérales qui entendent régir les effets du

⁸⁵³ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. 2, n° 618

⁸⁵⁴ Ibid. n° 458

⁸⁵⁵ C. civ., art. 370-3 confirmant la solution prétorienne.

⁸⁵⁶ Arrêt Chimouni, arrêt précité.

⁸⁵⁷ *Rev. crit. DIP* 1973. 398

⁸⁵⁸ Art. 1er

⁸⁵⁹ Depuis son entrée en vigueur en droit français le 1er oct. 1977

⁸⁶⁰ Les aliments sont dus s'ils sont prévus par la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments, art. 4 ; à défaut, par la loi nationale commune du créancier et du débiteur, art. 5 ; ou, à défaut, par la *lex fori*, art. 6. - V. Aliments

mariage et qui ne sont plus appliquées sauf stipulation expresse contraire aux obligations alimentaires⁸⁶¹.

719. Le Protocole de La Haye du 23 novembre 2007⁸⁶², destiné à moderniser la convention et qui est entré en vigueur le 18 juin 2011 en même temps que le règlement n° 4/2009/CE du 18 décembre 2008 relatif aux obligations alimentaires⁸⁶³, renforce le caractère autonome de la catégorie de l'obligation alimentaire. Non seulement est maintenue la compétence de principe de la loi de la résidence habituelle du créancier d'aliments⁸⁶⁴, mais, de plus, le Protocole introduit un mécanisme de clause d'exception, dont le déclenchement est entre les mains de l'époux défendeur, au profit d'une loi présentant des liens plus étroits, spécialement la loi de la dernière résidence habituelle commune⁸⁶⁵ et, surtout, il reconnaît la possibilité d'une clause d'*electio juris*⁸⁶⁶, ce qui démarquera nettement la réglementation internationale de l'obligation alimentaire de celle des effets du mariage. De la sorte, depuis la convention de La Haye, la doctrine a constaté que le domaine de la loi des effets du mariage se rétrécissait comme une peau de chagrin. Il n'a pas, pour autant, totalement disparu : la loi des effets du mariage conserve encore un titre à s'appliquer tant sur le plan des effets personnels communs aux époux que des effets personnels propres à chaque époux.

B- Les questions incluses dans la catégorie des effets personnels du mariage

720. Les effets personnels traitent essentiellement des droits et obligations réciproques entre époux lors du mariage. En d'autres termes, il s'agit des effets « collectifs » du mariage qui concernent les rapports réciproques entre époux. En droit français, la plupart sont regroupés dans ce qui est dénommé le régime primaire qui figure aux articles 212 et suivants du Code civil⁸⁶⁷. Sont visés le devoir de respect,

⁸⁶¹ Civ. 1re, 23 janv. 2007, no 05-21.898, Bull. civ. I, no 35, à propos de la convention franco-marocaine du 10 août 1981, supra, no 11

⁸⁶² Voir le texte *Rev. crit. DIP* 2008. 432.

⁸⁶³ JOUE, no L 7, 10 janv. 2009. - Sur la liaison entre les deux instruments : B. AUDIT et d'AVOUT, op. cit., nos 675 et 745. - D. BUREAU et H. MUIR WATT, op. cit., t. 2, n° 788

⁸⁶⁴ Protocole, art. 3

⁸⁶⁵ Protocole, art. 5.

⁸⁶⁶ L'éventail de choix est encadré par l'art. 8 du Protocole.

⁸⁶⁷ H. PEROZ, E. FONGARO, *Droit international privé patrimonial de la famille.*, préf. H. GAUDEMET-TALLON, éd. LexisNexis Litec, 2010, p. 132.

de fidélité, de secours et d'assistance ainsi que le devoir de communauté de vie. Toutes ces obligations « ont un caractère moral qui se prête mal à une sanction par les tribunaux »⁸⁶⁸. Ce régime est applicable à tous les époux. Son caractère impératif est énoncé à l'article 226 du code civil : « Les dispositions du présent chapitre, en tous les points où elles ne réservent pas l'application des conventions matrimoniales, sont applicables, par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux ». L'application automatique du régime primaire est d'ordre public, et les époux ne sauraient donc y déroger.

721. Il reste à savoir si la loi marocaine, dans le cas où il s'agit d'un couple marocain résidant en France, trouve sa place dans ce schéma en cas de conflit. Comme il a été expliqué, l'article 7 de la Convention franco-marocaine attribue la compétence en cas de conflit concernant les effets personnels du mariage entre époux à leur loi nationale, en d'autres termes la loi marocaine. Mais est-ce que le juge français acceptera d'appliquer une loi qui a une conception très différente de la famille malgré les nouvelles réformes?

722. Il faut croire que la place donnée à la loi marocaine rétrécit de plus en plus et se trouve réduite. En effet, l'intervention de l'ordre public au sens classique du droit international privé et l'idée que ces obligations constitueraient des lois de police applicables à tous les époux vivant en France limitent considérablement la compétence de la loi marocaine. Il n'est possible de permettre des comportements entre époux qui ne respectent pas et qui transgressent les valeurs familiales françaises.

723. Donc pour ce qui est des effets collectifs, le régime primaire les regroupe et serait applicable sur le fondement de la technique des règles d'application immédiate. La Cour de cassation a ainsi décidé que le régime primaire était applicable à tous les époux résidant en France, quelle que soit leur nationalité⁸⁶⁹.

⁸⁶⁸ B. AUDIT et d'AVOUT, *op. cit.*, n°673.

⁸⁶⁹ Cass. 1ère civ., 22 oct.1987, Cressot, *Rev. crit. DIP* 1988, 540, note Y. LEQUETTE, *JDI* 1988, 446, note A. HUET.

724. Il est donc possible de penser que les époux marocains se trouvent soumis à la loi française pour tous les effets personnels de leur mariage. Mais la situation n'est pas aussi simple que cela. Certains effets prêtent toutefois à question. Le premier est le devoir de fidélité, le second celui de communauté de vie

725. En traitant la question de la polygamie, le législateur marocain ne pouvait exiger la fidélité qu'à une partie du couple. Seule la femme se doit d'être fidèle à son mari. Ce dernier a toujours la possibilité, dans certains cas, et en répondant aux exigences imposées par le droit marocain, comme précisé antérieurement, d'épouser une deuxième femme et s'unir dans une relation polygamique. La réponse du droit international privé français en acceptant de reconnaître les effets de la polygamie valablement célébrée à l'étranger rentre dans le même schéma que celui du législateur marocain.

726. Chaque fois qu'il s'agit d'époux marocains ayant le même statut personnel, l'application de la règle de conflit offrant la compétence à la loi marocaine consacre l'existence d'une forme d'infidélité officielle permise au mari marocain. Même si la loi française se trouve applicable dans le cadre d'un conflit entre un couple mixte où l'un est Marocain et l'autre soumis à un statut personnel lui permettant d'être polygame, la réponse reste embarrassante puisque la loi française permettra une dérogation au devoir de fidélité. Devoir qui en droit interne, en cas de manquement, peut justifier le divorce aux torts de celui qui ne l'a pas respecté.

La situation de la polygamie d'un époux marocain résidant en France n'entrave pas seulement le devoir de la fidélité entre époux, elle pose problème pour un autre devoir qui est celui de la communauté de vie. Il est impossible, vu les règles concernant le regroupement familial, de permettre une communauté de vie à l'ensemble du « groupe conjugal »⁸⁷⁰ et même si la loi française se trouve applicable par son article 215 du Code civil⁸⁷¹, une communauté de vie d'un ménage polygame ne peut trouver sa place dans la société française. Ce devoir se trouve entravé en France comme au Maroc pour le mari polygame résidant en France et qui entretient un lien conjugal avec la deuxième épouse restée au Maroc. Ainsi, le juge français se trouve face à une

⁸⁷⁰ BOURDELOIS, *art. précité*, n° 136.

⁸⁷¹ TGI Versailles, 31 mars 1965, JDI 1966. 97, note Ponsard.

évidence imposée par le lien polygame qui introduit un modèle familial qui défie et choque la conception même de la famille en France puisque cela ne s'arrête pas seulement au devoir de fidélité et à celui de la communauté de vie mais il va plus loin pour heurter le principe de l'égalité entre époux puisque seul le mari peut jouir du droit de créer un lien matrimonial avec une deuxième femme, même si ce droit est conditionné. Le simple fait qu'il existe ruine toute égalité matrimoniale entre les époux, obligeant l'épouse marocaine à subir cette inégalité partout où elle réside, qu'il soit sur les territoires français ou ailleurs. La question de l'effectivité de la loi marocaine se pose alors.

C- L'effectivité de la loi marocaine

727. L'élargissement du champ d'application de la loi de la résidence habituelle au détriment de la loi nationale, s'agissant des questions relevant des effets personnels du mariage entre époux et du statut personnel des étrangers en général en France, est souvent présenté comme une évolution inéluctable du droit international privé contemporain, notamment parce qu'elle répond au souci de favoriser l'intégration dans leur nouveau milieu sociologique de ces étrangers, qui, pour la plupart, ne retourneront jamais dans leur pays d'origine⁸⁷². En effet, l'application de la loi de la résidence habituelle ne paraît pas choquante dans un pays comme la France, terre d'accueil de personnes apportant dans leurs bagages une culture et une vision de la famille bien propres à eux et à leur éducation, coutumes et "civilisation". Le principe de l'application homogène de la loi de résidence habituelle serait justifié par la protection d'une vision familiale en tant qu'élément constructif de la structure sociale de l'Etat et répondra mieux aux réalités qu'une conception de la famille principalement axée sur l'individualité culturelle de ses membres⁸⁷³. Cela suppose toutefois une application égale et homogène du droit dans les rapports familiaux et l'exigence d'une application territoriale des règles du régime primaire peut éventuellement répondre à cet idéal puisque toutes les familles installées en France qu'elles soient de n'importe quelle nationalité ou culture se trouvent soumises aux mêmes lois et aux mêmes exigences que les familles françaises. Mais comme il a été

⁸⁷² B. BOURDELOIS, *Rev. crit. DIP* 1996, note ss Versailles 30 mars 1995, p. 639.

⁸⁷³ A. BUCHER, « La famille. en droit international privé », *R.C.A.D.I.*, n° 283, 2000, p. 94.

souligné dans les lignes qui précèdent, la tâche n'est pas aussi simple et le non-respect de l'obligation de fidélité ainsi que de l'obligation de cohabitation existent puisque les juges prennent en considération cette individualité liée à la situation personnelle trouvant essence dans un autre droit voire dans une coutume.

Le juge français prendra-t-il en compte une coutume religieuse lors d'une situation juridique mettant en lumière les rapports entre époux? Un arrêt y répond de manière originale. C'est lors d'une décision de la Cour d'Appel de Versailles le 30 mars 1995⁸⁷⁴ statuant sur une demande divorce pour faute formulée par une épouse française à l'encontre de son mari marocain, l'un et l'autre résidant en France, que les juges traitent de la coutume musulmane maghrébine. La faute en question concernait un abandon du domicile conjugal du mari marocain qui refusait la communauté de vie et la cohabitation avec sa femme sous prétexte qu'ils n'avaient pas célébré leur mariage religieusement. Par conséquent, tant que cette femme n'était pas son épouse devant Dieu, il lui était impossible de partager avec elle le même toit.

La Cour a statué en faveur de l'épouse française puisque l'obligation de communauté de vie est prévue dans l'article 215 du Code civil qui est d'application territoriale, abolissant ainsi tout conflit de lois, tout en précisant les termes de ce qu'est la communauté de vie et en apportant la lumière sur cette dernière qui n'est pas seulement attachée à la résidence commune des époux mais aussi à d'autres éléments, comme la contribution aux charges familiales et la manifestation régulière auprès de l'épouse, ce que le mari a omis de faire.

728. Ce qui est original dans cet arrêt, c'est justement la prise en considération par la Cour de l'argument du mari fondé sur une coutume musulmane maghrébine. Il ne s'agit plus de conflit de lois opposant la loi du for à la loi nationale, en l'occurrence dans cette affaire, la loi marocaine, mais selon les termes utilisés par la cour d'appel, il s'agit d'une coutume musulmane qu'elle qualifie aussi de maghrébine dépassant ainsi la frontière entre États maghrébins en reconnaissant par cette référence que les règles régissant le statut personnel des nationaux de ces États sont supranationales puisque le critère de rattachement est non celui de la nationalité mais celui de la religion.

⁸⁷⁴ Versailles 30 mars 1995, note B. Bourdelois, art. précité, p. 639-653.

Cette solution proche de la doctrine favorable au principe d'autonomie de la volonté en matière de statut personnel⁸⁷⁵ suggère que les époux musulmans qui ne peuvent pas revendiquer l'application pure et simple de l'une de leurs lois nationales, seraient en droit d'attendre du juge une appréciation et une interprétation de la loi normalement compétente adaptée à leur culture.

729. Cela ouvre le champ à quelques interrogations. Dans quelles conditions cela se fera-t-il? Quels sont les critères qui permettront une telle interprétation? La cour n'a pas répondu à ces questions. Même si cette solution permettra aux époux résidant en France, de différentes nationalités mais ayant un statut personnel similaire c'est-à-dire les nationaux de pays musulmans, d'avoir des réponses plus adéquates à leur situation que celles apportées par la loi du for, cette démarche nécessite un élargissement du concept du droit français pour tenir compte des convictions "religieuses" des époux⁸⁷⁶ et pas seulement que des époux musulmans mais les époux ayant aussi un statut personnel se basant sur la religion juive, catholique, bouddhiste et autres. Cette démarche compliquera encore plus le droit international de la famille en prenant en considération toutes les communautés étrangères et les religions cohabitant en France.

La loi de la résidence habituelle est ainsi imposée comme une solution afin d'apporter une homogénéité aux relations personnelles entre les époux mais elle n'est applicable que par le fait de la soumission au régime primaire en tant que loi d'application territoriale. Il reste que cette solution se prête à une critique en rapport justement avec les relations franco-marocaines puisque la convention du 10 août 1981 liant les deux pays prévoit des solutions quant aux effets du mariage même en cas de mariage mixte à travers son article 7.

Dans ce cadre, les juges français sont-ils autorisés à appliquer en tant que loi de police les règles du régime primaire à tous les couples résidant en France, fussent-ils de

⁸⁷⁵ V. J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, Bruxelles, 1992, compte rendu par P. LAGARDE, *Rev. crit. DIP*, 1993, p. 519; P. GANNAGÉ, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille. », *Rev. crit. DIP*, 1992, p. 425.

⁸⁷⁶ B. BOURDELOIS, note préc., p. 652.

même nationalité marocaine, et ceci, nonobstant les dispositions de l'article 7 qui retient à titre de critère principal la nationalité commune des époux ? La réponse qu'il convient d'apporter à cette question est de la plus haute importance car, en dehors de toutes les obligations relevant du régime primaire, la catégorie des effets du mariage se réduit à fort peu de choses⁸⁷⁷. S'il fallait considérer que la convention franco-marocaine n'exclut pas la possibilité d'appliquer les règles du régime primaire en raison de leur caractère impératif dans l'ordre international, indépendamment de la loi des effets du mariage, l'alinéa 1er de l'article 7 se videra d'une bonne partie de sa substance⁸⁷⁸ et on méconnaîtrait l'un des objectifs essentiels de la convention, affirmé dans le préambule disposant de « la nécessité de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur identité nationale ».

Sans doute est-il admis que pour toute convention internationale, « les États parties à la convention sont censés avoir réservé l'intervention (des lois de police) car elle correspond à une nécessité objective ressentie par tous »⁸⁷⁹. Il est possible cependant d'envisager de soustraire à ce principe les hypothèses où cette application revient à remettre en cause des points essentiels de la convention, spécialement, la convention franco-marocaine qui tend à assurer aux couples marocains installés en France l'application de leur droit national pour toutes les questions relevant de leur statut personnel⁸⁸⁰.

730. Mme Bourdelois ajoute une interrogation intéressante. L'auteur s'interroge : « N'est-ce donc pas remettre en cause les engagements pris par l'État français que de permettre à nos juridictions, par le biais de la qualification « lois de police » du régime primaire, d'en décider du contraire ? Il y aurait indéniablement artifice (si ce n'est tromperie) à prétendre se mettre d'accord, pour ce qui est des effets du mariage, sur une règle de conflit qui respecte la primauté de la loi nationale lorsqu'elle est commune aux deux époux tout en refusant aux ressortissants de l'autre État contractant le bénéfice de cette règle pour la plupart des questions qu'elle était censée régir. Bien au contraire, lorsque la question fait l'objet d'une réglementation

⁸⁷⁷ V. les obs. d'Y. LEQUETTE sous Cass. civ. 1re, 20 oct. 1987, précité.

⁸⁷⁸ V. F. MONEGER, comm. précité, p. 44 et 64

⁸⁷⁹ P. MAYER - V. HEUZE, op. cit., n° 131

⁸⁸⁰ F. MONEGER, loc. cit., p. 34 et 35

spécifique comme c'est le cas de la convention franco-marocaine, il ne devrait pas être possible d'écarter l'application de la loi ainsi choisie au profit de lois de police sous peine d'être suspecté, à juste titre, de ne pas vouloir jouer le jeu »⁸⁸¹.

731. Voilà une observation intéressante vis-à-vis de l'application de la convention franco-marocaine par la partie française. Mais en regardant de plus près l'apport de cette convention, il paraît bien que, au fil du temps, elle n'a pas apporté les solutions promises afin d'accorder deux systèmes juridiques aussi différents en ce qui concerne le statut personnel. Le juge français n'a-t-il aucune autre alternative pour imposer ainsi des lois de police aux effets de mariage entre époux marocains résidant en France? La Convention prévoit toujours une porte de sortie contre les complications juridiques, au sein de son article 4, réservant les hypothèses où l'application de la loi désignée serait manifestement incompatible avec l'ordre public. Ainsi, le juge pourra laisser, en opposant le contrôle de l'ordre public aux situations véritablement choquantes, en principe, les rapports personnels des époux évoluer selon les dispositions de leur statut personnel commun. Cela serait plus respectueux des engagements du Gouvernement français vis-à-vis des autorités marocaines.

732. En revanche, l'ordre public s'oppose à l'application de toute loi des effets du mariage qui consacre une prééminence d'un époux sur l'autre. La puissance maritale se heurte au principe d'égalité des époux consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme et la France est dans l'obligation d'assurer la protection exigée par ce texte.

II- La place de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations personnelles entre époux marocains résidant en France

733. La loi marocaine trouve son application de plus en plus restreinte pour ce qui est des effets personnels du mariage. Ainsi, la loi française est fréquemment compétente au nom de la résidence habituelle des époux marocains en France qui leur impose le respect des droits et obligations énoncés par les articles 212 et suivants

⁸⁸¹ B. BOURDELOIS, art. précité p. 645.

du Code civil puisqu'ils sont d'application territoriale. L'ordre public international intervient aussi au nom de cette résidence habituelle et de cette proximité avec la France pour veiller au respect des effets collectifs du mariage et essentiellement au respect du principe d'égalité entre époux qui trouve essence non seulement en droit interne mais aussi et principalement dans la Convention européenne des droits de l'Homme, à l'article 5 de son protocole n°7 (A) et qui a un impact important sur les rapports entre les époux marocains résidant en France (B).

A- L'article 5 du protocole 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme

734. La Convention européenne des droits de l'homme ne prévoyait aucune disposition relative au principe d'égalité entre époux lors de la rédaction de son texte d'origine en 1950. Il a fallu attendre l'adoption du protocole n°7 pour que les Etats acceptent d'accorder un nouveau droit matériel spécifique intitulé en son article 5 « égalité entre époux » et au terme duquel « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre et dans leur relation avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les États de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt de leurs enfants ». Le protocole n°7 n'a pas pour objet exclusif de traiter cette question de l'égalité entre les époux dans le cadre du mariage, puisqu'il offre également des garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers, un double degré de juridiction pénale, le droit à l'indemnisation en cas d'erreur judiciaire et le droit de ne pas être puni deux fois.

735. D'autres dispositions existaient dans le texte de la Convention et traitaient de la vie familiale notamment l'article 8 qui a fait l'objet de développements antérieurs et qui vise à garantir la protection de la vie familiale et de la vie privée, ouvrant ainsi des problématiques touchant à la vie des époux ou l'article 14 interdisant les discriminations dans les droits garantis par la convention qui avait vocation à interdire des discriminations dans la protection de la vie familiale, discriminations qui auraient pour origine la situation personnelle de chacun des époux. L'article 14

de la Convention couvre seulement les droits garantis par la Convention conformément à une jurisprudence bien établie de la Cour⁸⁸².

736. Le protocole n°7 de la Convention est venu compléter les dispositions initiales pour consacrer un principe général qui assure l'égalité entre les hommes et les femmes, dans la sphère familiale, entre époux. Il est désormais complété par une protection additionnelle consacrée par l'adoption du protocole n°12 signé le 4 novembre 2000 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, venant proclamer et garantir un principe général de non-discrimination. L'article 1^{er} du protocole prévoit que la « jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune... »⁸⁸³.

737. Le Protocole n°7 est entré en vigueur le 1er novembre 1988. L'article 5 portant sur le principe d'égalité entre époux a fait l'objet de plusieurs réserves émises par les États lors de la signature du Protocole. Ainsi, la France a fait valoir que l'article 5 ne pouvait faire obstacle à l'application des règles relatives au régime matrimonial en communauté et à la règle relative à l'administration de l'autorité parentale susceptible d'être confiée au père ou la mère, sous contrôle du juge, selon les dispositions du Code civil, la réserve précisant que " l'article 5 ne doit pas être interprété comme impliquant l'exercice en commun de l'autorité parentale dans les situations où la législation française ne reconnaît cet exercice qu'à un seul des parents". La France a également fait une réserve en ce qui concerne la transmission du nom patronymique, et une réserve concernant les dispositions du droit local de Mayotte, des territoires de la Nouvelle-Calédonie et des Îles Wallis-et-Futuna.

738. Les dispositions prévues par l'article 5 du Protocole n°7 imposent aux États d'offrir aux époux une égalité de droits et de responsabilités entre eux et dans leurs relations avec les enfants. Il est venu compléter les dispositions garantissant le droit pour l'homme et la femme de se marier et de fonder une famille selon les lois

⁸⁸² CEDH., arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-uni* du 28 mai 1985; CEDH., arrêt *Gaygusuz c. Allemagne* du 16 décembre 1996.

⁸⁸³ V. C. PETTITI, « Le protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une protection effective contre les discriminations », *Revue hellénique des droits de l'homme*, n°13/2006, p. 805; *La non-discrimination: un droit fondamental*, Séminaire sur l'entrée en vigueur du Protocole n°12, Strasbourg, 11 octobre 2007, éd. du Conseil de l'Europe, 2007.

nationales régissant l'exercice de ce droit prévu par l'article 12 de la Convention puisque ce dernier même s'il contient un principe de non-discrimination entre l'homme et la femme dans le droit au mariage et dans le droit de procréer, ne couvre pas les droits survenant après le mariage ou la dissolution. L'article 5 intervient dans le cadre de ce droit au mariage. Le rapport explicatif du Protocole précise que l'article 5 visant les « époux », il exclut la période qui précède le mariage et donc les conditions de capacité pour le contracter.

739. L'article 5 du Protocole n°7 n'assure cependant une égalité que pour les seuls couples mariés, à la différence de l'article 8 de la Convention. L'article 5 vise le couple⁸⁸⁴, et à l'instar de l'article 12 de la Convention, il s'agit de la relation résultant du mariage. De même, l'article 5 n'aura vocation de s'appliquer que dans le cadre d'un couple composé de deux personnes de sexe différent, sauf évolution majeure de la jurisprudence de la Cour relative à l'interprétation de l'article 8 qui porte une vision plus large des liens familiaux, ou celle de l'article 12.

740. L'examen de l'égalité entre époux est donc différent de la question de l'égalité entre parents qui peuvent ne pas être mariés et qui pourraient ne pas être de sexe différent. Il y a donc une combinaison de garanties par l'application des articles 8, 12, 14 de la Convention et l'article 5 du Protocole n°7. Ce dernier vient compléter les dispositions de la Convention européenne. C'est ce qui est avancé par la Cour qui a eu l'occasion de préciser que cette disposition « ne saurait se substituer à l'article 8 ni à en réduire la portée », que l'article 5 s'analyse en une clause additionnelle à la Convention et en particulier à l'article 8 et 14. Cette précision a été formulée à l'occasion de l'affaire *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994⁸⁸⁵.

741. Ainsi, le principe d'égalité formulé par l'article 5 se limite au couple marié de sexe différent mais la question d'égalité dans le couple peut être confrontée à tout ce qui se passe dans sa vie et dans la relation entre les époux avec leurs enfants. Cela

⁸⁸⁴ Sur la notion de couple, v. M. LEVINET, « Couple et vie de famille. », F. SUDRE (dir.) *Le droit du respect à la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Némésis-Bruylant, « Collection Droit et Justice » n°38, 2002, pp. 107 et s.

⁸⁸⁵ CEDH. arrêt *Burghartz c. Suisse* du 22 février 1994, *RTDH*, 1995, obs. P. GEORGIN. Sur l'implication de l'arrêt *Burghartz* en droit suisse, v. M. HOTTELIER, H. MOCK et M. PUECHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, éd. Némésis-Bruylant, Collection "Droit et Justice", n°60, 2005, pp. 226 et s.

peut-il prévaloir pour tous les domaines de la vie familiale et pour toutes les orientations religieuses, sexuelles ou personnelles? La Cour européenne sanctionne-t-elle l'Etat signataire chaque fois qu'elle constate une différence de traitement entre époux dans le cadre d'un conflit reposant sur le sexe ou la religion?

La réponse n'est pas toujours positive puisque la Cour constate les faits selon une analyse raisonnable et proportionnelle de ses dispositions, soit pour la protection de l'enfant soit pour celle d'un des époux. L'article 5 du Protocole n°7 n'a pas vocation à garantir une égalité totale de droits entre les hommes et les femmes. Il a un champ d'application restreint du fait qu'il ne garantit l'égalité qu'aux époux pour des droits et responsabilités de caractère civil, entre eux et dans leur relation avec leurs enfants, au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le rapport explicatif du protocole rappelle que l'égalité consacrée par l'article 5 vaut uniquement dans les relations entre époux eux-mêmes, quant à leur personne ou leurs biens, et dans leurs relations avec leurs enfants. Il précise que cet article ne s'applique pas à d'autres domaines du droit, tel que le droit administratif, fiscal, pénal, social, ecclésiastique ou le droit du travail. Le champ d'application limité de cette disposition et l'existence de garanties complémentaires dans la Convention, expliquent certainement l'absence de jurisprudence abondante ayant trait à l'article 5.

742. Le principe d'égalité entre époux est considéré comme un droit fondamental que la France doit garantir à toute personne résidant sur son territoire qu'elle soit étrangère ou pas. Cela mène à poser la question de l'impact d'un tel droit fondamental sur le droit international privé français

B- L'impact du principe d'égalité entre époux sur le droit international privé français

743. La question de l'impact des droits de l'Homme sur les règles du droit international privé s'est posée lors de la promulgation du texte fondateur que constitue la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme⁸⁸⁶. Si le droit

⁸⁸⁶ H. FUCHIRON « Droits fondamentaux et règles de DIP: Conflits de droits, conflits de logiques L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage

international privé est habitué au pluralisme qu'il admet ou exclut par le jeu de la règle de conflit et de l'ordre public, l'inscription des droits fondamentaux dans une source telle que la Convention européenne des droits de l'Homme menace cet équilibre déjà très fragile et cela s'illustre sur le terrain de la vie familiale et essentiellement pour de l'égalité entre époux dans l'exercice des droits familiaux.

744. L'exemple franco-marocain illustre bien cette inquiétude puisque la notion de la vie familiale malgré les réformes du statut personnel marocain reste, sur certains points, étrangère à celle véhiculée en France et éclaire la question de la diversité des conceptions familiales et les rapports entre les différents membres de la famille. Ainsi, c'est un excellent moyen de comprendre la différence non seulement juridique mais également sociale, culturelle et religieuse entre les deux pays. Le droit international privé se trouve face à ces deux modèles et l'impact des droits fondamentaux ne lui facilite guère l'accomplissement d'une harmonisation entre les deux systèmes.

Plus précisément, l'impact d'un principe tel que l'égalité entre homme et femme se situe à double niveau, droit interne et international. Après une interrogation sur la conformité à ce principe des règles de conflit de lois elles-mêmes comme la règle française de conflit en matière de la filiation⁸⁸⁷ qui donne compétence à la loi nationale de la mère à l'époque de la naissance de l'enfant et qui peut être considérée comme discriminante envers le père⁸⁸⁸, la question est plus générale et porte sur l'impact des droits fondamentaux sur le règlement même des situations relevant du droit international privé.

745. Rappelons que le principe d'égalité entre époux est un droit fondamental que la France doit assurer et garantir à toute personne se trouvant sur son territoire sans discrimination. Mais cette garantie doit-elle s'appliquer à tous et sous quelles conditions d'intervention ? Il est possible de considérer que dès que le juge se déclare

et lors de sa dissolution » in *Le droit au respect de la vie familiale aux séances de la CEDH*, F. SUDRE (dir.) p. 354

⁸⁸⁷ art. 311-14 c. civ

⁸⁸⁸ Voir. P. COURBE, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la CEDH », in *Quelle Europe pour les droit de l'homme*, sous dir. P. TAVERNIER, Bruylant, 1996, p. 258; comp. Y. LEQUETTE, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, Dalloz, 6e éd., 2000, n° 177.

compétent, il doit tout mettre en œuvre afin de garantir le respect du principe de l'égalité entre couple et tout autre droit considéré fondamental⁸⁸⁹. Cette application directe tente de rapprocher les droits fondamentaux des lois de police, mais cela reste très discuté en doctrine⁸⁹⁰. En toute hypothèse, elle ne pourrait être qu'exceptionnelle, car comme le souligne le Professeur Pierre MAYER, « en raison du caractère extrêmement vague de leur formulation (même compte tenu des précisions qu'apporte la Cour de Strasbourg) et du fait qu'il constitue seulement un minimum, les droits de l'homme ne sont pas susceptibles en général de fournir une solution au problème de droit substantiel posé »⁸⁹¹.

746. La solution la plus adéquate pour assurer le respect du principe d'égalité entre époux sera celle de la recherche de la loi compétente puis de la vérification de sa conformité avec le droit en cause. C'est l'exception de l'ordre public international qui permettra un contrôle sur le respect du principe d'égalité par la loi nationale et ce contrôle s'effectuera aussi sur la norme étrangère en jeu même si elle n'est pas une règle substantielle, mais un jugement ou un acte public étranger qui produira effet dans le pays du for⁸⁹². Un ordre public égalitaire peut ainsi être opposé au droit marocain (1), ce qui affectera nécessairement la convention franco-marocaine (2).

1- Un ordre public égalitaire face au droit marocain

747. Selon la doctrine internationaliste classique, l'ordre public est à la fois un instrument de défense du for contre les normes étrangères qui choqueraient et heurteraient les principes fondamentaux du pays en question⁸⁹³ et un instrument de coordination des systèmes, en constituant une soupape de sécurité permettant d'accueillir les lois étrangères tout en écartant ses côtés qui sembleraient

⁸⁸⁹ V. Paris 14 juin 1994 (affaire dite du transsexuel argentin), *Rev. crit. DIP*, 1995, 308, note Y. LEQUETTE.

⁸⁹⁰ Voir. note et analyse de Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », art. préc., n° 182 et ref. crit. ; comp. L. GANNAGE, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé, (étude du droit international privé du droit de la famille.)* préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2001, qui se prononce pour une application directe des droits fondamentaux, mais dans une perspective renouvelée.

⁸⁹¹ P. MAYER, « La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 663

⁸⁹² P. MAYER, *op. cit.*, p. 662 et s.

⁸⁹³ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé* t. 1, LGDJ, 8e éd., 1993, n° 354 et s.

inadmissibles pour le système juridique du for⁸⁹⁴. L'usage idéal de l'ordre public suppose donc une connaissance de la logique du système étranger afin d'exploiter loyalement toutes ses possibilités.

748. Mais l'intégration des droits fondamentaux au sein de l'ordre public français en matière internationale peut bouleverser le rôle joué par cet instrument. La force des droits fondamentaux peut remettre en question le relativisme qui préside au déclenchement de l'exception de l'ordre public international et remettre en cause cette exception⁸⁹⁵.

749. C'est ce qui ressort de la jurisprudence Pellegrini⁸⁹⁶ qui marque une extension considérable de l'extraterritorialité de la Convention européenne des droits de l'homme en jugeant « que lorsque la décision dont on demande l'exequatur émane d'un pays qui n'applique pas la Convention, le contrôle de ce que la procédure y relative remplissait les conditions de l'article 6 s'impose ». Cette décision va plus loin que la jurisprudence Soering⁸⁹⁷, où la Cour avait décidé qu'un Etat partie à la Convention ne peut se rendre complice, par ces actes, de la violation d'un droit fondamental qu'elle garantit, quand bien même l'acte en compte sera prévu par une convention liant l'Etat partie à un Etat tiers.

750. Ainsi les Etats membres de la convention doivent s'assurer que les jugements étrangers respectent les droits fondamentaux en raison du principe de la supériorité de la Convention sur la loi nationale contraire et doivent écarter toute loi étrangère contraire à l'un des droits garantis de la Convention. Ce raisonnement pourrait être comme l'écrit le professeur Sudre,⁸⁹⁸ étendu à l'hypothèse d'un jugement ou d'un acte public étranger auquel on voudrait faire produire effet en France.

⁸⁹⁴ *Ibid.*

⁸⁹⁵ P. HAMMJE, « Droit fondamentaux et ordre public » op. cit., n°13 et s; L. GANNAGE, « La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé », art. précité.

⁸⁹⁶ CEDH 20 juillet 2001, Pellegrini, RTDH 2002, 463, n. J.-P. Costa, RTD civ. 2001, 986, obs. J.-P. Marguénaud.

⁸⁹⁷ CEDH., 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni, note H. LABAYLE, JCP, 1990, I, 3452 et F. SUDRE, RGDIP, 1990, p. 103.

⁸⁹⁸ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen? » in *Quelle Europe pour les droits de l'homme*, P. TAVERNIER (dir.), Bruylant, 1996, p. 73.

751. Il est compréhensible que le contrôle de la loi étrangère et des actes étrangers soit plus sévère puisqu'il s'agit d'un droit protégé par l'ordre public européen qui reste "autonome" malgré son inscription au cœur de l'ordre public français en matière internationale⁸⁹⁹. Mais existe-t-il un effet atténué à cet ordre public européen?

752. L'effet atténué de l'exception de l'ordre public se définit par le célèbre arrêt Rivière⁹⁰⁰ grâce auquel il est compris que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser produire en France des effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger, en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». Pour ce qui est de l'ordre public européen, il semble qu'il puisse avoir un effet atténué lorsqu'est en cause un droit valablement acquis à l'étranger. C'est ce qui est confirmé par la Cour européenne dans l'arrêt Drozd et Janousek⁹⁰¹. Mais la force et l'ampleur de la réaction, lorsque sont en cause les valeurs fondamentales européennes, peuvent dépasser la mise à l'écart de règles ou de décisions étrangères pour repousser des systèmes juridiques entiers.

753. Sauf que l'exemple de la polygamie marocaine ou de la polygamie musulmane, en général, rappelle cet attachement à l'effet atténué de l'ordre public international privé français qui admet la production des effets des mariages polygames sur le territoire français tant que ces derniers sont valablement acquis malgré la violation qu'inflige cette institution au principe d'égalité entre époux. Si le sort de la répudiation a été scellé au nom de l'ordre public égalitaire⁹⁰², la polygamie marocaine résiste encore malgré les efforts du législateur marocain pour limiter son exercice.

⁸⁹⁹ H. FULCHIRON, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé: conflit de droits, conflit de logiques » op. cit, p.363.

⁹⁰⁰ Civ. 1ère, 17 avril 1953, GAJDIP n°26, Rev. Crit. DIP 1953, n. Batiffol, JDI 1953, 860, n. Plaisant, JCP 1953, II, 7863, n. Buchet.

⁹⁰¹ CEDH 26 juin 1992, série A, n°240.

⁹⁰² Civ. 1ère 17 février 2014, *Rev. crit. DIP*. 2004, p. 423, note P. HAMMJE; *Clunet* 2002, p. 1200, note L. GANNAGE ; *D.* 2004, p. 824, conclusion F. CAVARROC, aussi *D.* 2004, p. 815 et la chronique de P. COURBE, « Le rejet des répudiations musulmanes » ; *JCP* 2004. II. 10128, note H. FULCHIRON; *Defrénois* 2004, 812, note J. MASSIP ; *R.T.D.civ.*2004, p. 367, obs. J-P. MARGUENAUD ; *Gaz. Pal.* Septembre-octobre 2004, p. 2814 et la chronique de M.-L. NIBOYET, « L'avenir du nouveau revirement de la Cour de cassation sur la reconnaissance des répudiations musulmanes ».

754. Mais il ne faut pas oublier que le problème de l'égalité entre époux a connu une évolution au Maroc puisque le législateur marocain a plus au moins corrigé la situation au sein de la famille marocaine. La direction du foyer a été confiée aux deux époux sans distinction et le mari n'exerce plus d'autorité maritale sur son épouse. Mais cela ne suffit pas tant que des institutions comme la polygamie et la répudiation subsistent dans le statut personnel marocain.

755. Reste la question de l'inégalité entre époux quand elle est favorable à l'épouse marocaine. Cette dernière peut toujours, au nom du Code de la famille marocain, garder ses prérogatives quant aux besoins matériels⁹⁰³. L'époux marocain est toujours dans l'obligation de subvenir aux besoins de son épouse, même si cette dernière a les moyens financiers pour partager les dépenses du ménage. Ainsi, elle peut toujours introduire une demande de divorce si elle prouve que l'époux néglige cette obligation. Quelle sera la réponse du juge français dans le cas où il est face à un jugement de divorce marocain se fondant sur cette faute? Refusera-t-il de donner effet au jugement du divorce malgré le fait qu'il ne respecte pas le principe d'égalité entre époux? Il est vrai que cette situation est rare mais elle est juridiquement possible.

2- L'impact des droits fondamentaux sur la convention franco-marocaine du 10 août 1981

756. Si la convention franco-marocaine a pour but la coordination entre les deux systèmes et d'assurer la répartition des compétences afin de favoriser la continuité des situations franco-marocaine, peut-elle résister à la domination des droits fondamentaux et spécialement à celui de l'égalité entre l'homme et la femme ?

757. Il est vrai que cette convention a pour objectif principal de placer les époux marocains résidant en France sous l'empire de la loi marocaine mais elle prévoit aussi, dans son article 4, l'intervention de l'exception de l'ordre public international. Exiger le respect d'un droit fondamental comme le principe d'égalité entre époux et

⁹⁰³ *Infra* 325 et s.

écarter la loi marocaine par le mécanisme de l'ordre public ne déroge pas à la convention et reste en accord avec ses règles. Alors est-il possible de parler de conflit entre conventions ?

758. La réponse n'est pas aussi simple. Faire prévaloir la Convention européenne des droits de l'Homme sur la convention franco-marocaine peut entraîner des perturbations de l'ordre juridique⁹⁰⁴ mais si le droit fondamental en question avait une autre source que la Convention européenne, constitutionnelle par exemple, cela perturberait-il le jeu classique des conventions internationales? Le principe d'égalité entre époux est un droit fondamental, que sa reconnaissance en tant que tel soit une norme nationale ou internationale.

759. Considérer les droits fondamentaux comme des normes supérieures dignes du déclenchement de l'exception de l'ordre public chaque fois que le juge français est en face de la loi étrangère qui les bafoue n'est pas contraire à la convention franco-marocaine, certes, mais cette prise de position a forcément des conséquences considérables. Une utilisation radicale des droits fondamentaux conduit à une séparation des systèmes ou des blocs de systèmes constitués « d'ensembles régionaux fondés sur des valeurs communes afin de voir d'autres frontières surgirent pour des motifs qui ne sont pas des motifs de nationalismes juridiques, mais, paradoxalement, d'universalisme juridique »⁹⁰⁵.

760. Dans la pratique, un tel blocage au nom du respect des droits fondamentaux peut amener à la création de situations boiteuses pour les nationaux des pays musulmans et parmi eux les Marocains, puisque les situations créées dans leur pays, seront refusées en France, au nom du respect des droits fondamentaux et ce qui a été obtenu en France après mise à l'écart de la loi marocaine compétente, ne pourra être reconnu au Maroc.

761. Le contexte politique actuel n'est guère rassurant et n'aide pas à dénouer la situation des Marocains établis en France ou en Occident en général, entre le retour

⁹⁰⁴ L. GANNAGE « La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé », *op. cit.*, n° 360.

⁹⁰⁵ H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 369.

au conservatisme religieux dans les pays du Maghreb et au Maroc essentiellement après « les printemps arabes ». Cela peut maintenir et raviver le débat sur l'universalité des droits de l'Homme en soutenant que les droits fondamentaux ne seraient qu'un instrument de l'idéologie occidentale, incompatible avec les valeurs de la société marocaine musulmane. L'exemple du principe de l'égalité entre l'homme et la femme est très significatif. Les Marocains pensent l'égalité entre l'homme et la femme comme un concept basé sur une complémentarité entre les deux. Malgré les textes de la moudawana, la société marocaine a encore du mal avec la neutralité des droits et obligations dans les relations entre les deux sexes. Même le droit obéit à cette logique et prévoit des règles différentes et spécifiques pour l'homme et pour la femme⁹⁰⁶. Alors que l'égalité entre homme et femme en Europe et notamment en France est conçue comme impliquant une identité de droit et de devoirs⁹⁰⁷, les lois traitant des rapports entre époux sont caractérisées par une neutralité dans leur formulation. Cela conduit non seulement à écarter les lois étrangères qui ne reconnaissent pas les mêmes droits aux époux dans leur relation ainsi que dans leur rapport avec les enfants mais aussi toutes lois qui édicterait des règles spécifiques à l'homme et d'autres à la femme comme c'est le cas au Maroc.

762. Si chaque Etat maintient ses positions, les situations boiteuses fleuriront et le droit international privé français ne pourra atteindre son objectif d'harmonisation entre les systèmes. Certes, la cause des juridictions françaises est de dénoncer et mettre fin aux discriminations dont peuvent être victimes les femmes essentiellement et parfois même les enfants, sauf que cette prise de position, malgré la légitimité du but poursuivi, peut causer plus de torts à ces femmes victimes d'inégalité qui se retrouvent dans deux situations juridiques différentes, une dans leur pays d'origine et une autre dans leur pays d'accueil, comme se retrouver répudiée au Maroc et mariée en France avec le même homme. C'est pour cette raison qu'il convient de s'interroger sur les moyens de dépasser les blocages auxquels risque de conduire une utilisation "aveugle" des droits fondamentaux⁹⁰⁸.

⁹⁰⁶ En matière de divorce par exemple: si la répudiation n'est ouverte qu'aux hommes d'autre moyens de divorce ne sont ouverts que pour la femme comme le khôl' ou le divorce pour faute

⁹⁰⁷ H. FULCHIRON, op. cit., p. 370.

⁹⁰⁸ H. FULCHIRON, op. cit., p. 371

763. Le professeur Fuchiron⁹⁰⁹ propose deux procédés, la double exigence de connaissance de compréhension des systèmes juridiques d'une part, d'appréciation "concrète" des conséquences de l'accueil de telle ou telle norme étrangère d'autre part.

Le respect de la loi étrangère ne peut se réaliser qu'après un effort de connaissance et de compréhension du système étranger et des principes sur lesquels il se fonde. Le juge français doit avoir une connaissance suffisante des institutions qui font l'objet du litige. Ainsi la polygamie, la kafala et la répudiation doivent être comprises non seulement par rapport aux institutions françaises qui peuvent leur être équivalentes, mariage, délégation d'autorité parentale et divorce mais aussi par rapport à tout l'ensemble qui les entoure. Comprendre les conditions qui permettent au juge marocain d'accorder son autorisation pour un mariage polygamique mettra plus de lumière sur la situation pour le juge français qui statuera sur la production de ses effets en France. Comprendre les différents modes de divorce offerts à l'épouse marocaine et non à l'époux ainsi que la procédure de la répudiation permettra un meilleur contrôle des conséquences des ruptures produites au Maroc et ainsi de suite pour toutes les institutions familiales du droit marocain.

764. Cette compréhension du système marocain permettra une "application pragmatique"⁹¹⁰ des droits fondamentaux ce qui signifie que le juge raisonnera « non pas de façon abstraite, en contemplation d'un principe dont la généralité et le caractère absolu ruine tout effort de dialogue, mais de façon concrète en terme de balance et d'impact des règles étrangères en cause »⁹¹¹. Il ne s'agit pas de comprendre la loi étrangère dans sa lettre et dans son esprit, mais plus dans le résultat de son application concrète dans la situation soumise au juge⁹¹². Ainsi, le retour à l'effet atténué de l'ordre public paraît comme un moyen efficace d'éviter une utilisation aveugle des droits fondamentaux.

765. L'application en France d'une loi marocaine contraire à un principe fondamental comme celui de l'égalité entre époux et la reconnaissance des effets en

⁹⁰⁹ *Ibid*, p. 371 et s.

⁹¹⁰ H. FUCHIRON, *op. cit.*, p. 380.

⁹¹¹ H. FUCHIRON, *op. cit.*, p. 380..

⁹¹² P. LAGARDE, *Rép. dr. int.*, article précité, n°23.

France d'une situation valablement créée au Maroc sont très différentes : l'impact concret de l'atteinte au principe fondamental varie et dans certains cas d'autres droits fondamentaux doivent être pris en considération.

766. C'est la Cour de Strasbourg elle-même qui a suivi en premier ce raisonnement en 1992 à l'occasion de l'affaire Drozd et Janousek⁹¹³ où elle assure que l'ordre public européen « peut avoir un effet atténué en ce sens qui ne s'oppose pas à ce qu'un Etat partie laisse produire sur son territoire les effets d'un acte public étranger contraire aux droits fondamentaux, à moins que ces effets ne portent une trace trop visible de contrariété aux valeurs de l'ordre public européen »⁹¹⁴. Ce qui permet l'intervention d'un ordre public atténué se résume dans l'intensité de l'atteinte portée au droit fondamental en question et de ce que cette atteinte causera comme perturbation. Tout dépendra du droit fondamental en question et des conséquences sur sa violation car il ne faut pas oublier que cet ordre public européen est « nécessairement évolutif, mais il fait un tout et exprime un ensemble de valeurs transgressables, qui ne peuvent faire l'objet »⁹¹⁵, selon le professeur Sudre, « d'application graduée »⁹¹⁶. Ainsi, tant que le mariage polygamique produira des effets sur le territoire français sans amener de perturbations, vu le lien faible que peut avoir la deuxième épouse avec la France puisqu'elle ne peut y résider, l'application du principe d'égalité entre époux devrait être moins directe et plus concrète par rapport à la nature de la situation.

767. La question se pose alors en ce qui concerne les effets pécuniaires entre époux marocain résidant en France dans le cadre d'un mariage monogamiques mais aussi d'un mariage polygamique.

Paragraphe II: Des effets pécuniaires entre époux marocains

768. Lorsque deux personnes se marient, qu'elles le veuillent ou non, qu'elles le sachent ou non, elles sont soumises à un régime matrimonial. Même si le droit marocain ignore, par son respect du droit musulman, cette institution spécifique, les

⁹¹³ CEDH 26 juin 1992, préc.

⁹¹⁴ F. SUDRE, « Existe-il un ordre public européen ? », art. précité, p. 77.

⁹¹⁵ F. SUDRE, « Existe-il un ordre public européen ? », art. précité, p.79

⁹¹⁶ *Ibid.*

époux marocains, dès lors que leur résidence habituelle est en France, sont soumis à un régime matrimonial puisque même la séparation des biens absolue, l'indépendance totale au plan pécuniaire est un ensemble de règles juridiques à caractère patrimonial dont il importe de connaître le champ d'application dans l'espace.

769. Il sera plus simple de comprendre la relation pécuniaire entre les époux marocains résidant en France dans les deux situations matrimoniales, c'est-à-dire, en premier lieu, le cas de la famille monogame (I) et en second, celle de la famille polygame (II).

I- Les effets patrimoniaux entre époux marocains monogames

770. Dans les relations privées internationales, les régimes matrimoniaux représentent une grande partie du droit international privé et spécialement le droit international privé notarial. En France, vingt-cinq mille mariages internationaux sont célébrés chaque année⁹¹⁷. Parmi eux des milliers de Marocains vivent en France et dans ce contexte, le problème du régime matrimonial va se poser pendant toute la vie commune des époux, à l'occasion du mariage s'ils envisagent d'établir un contrat, d'un accroissement de leur patrimoine, d'un divorce ou de la préparation et du règlement de leur succession.

771. Le plus souvent et comme il a été signalé dans la partie consacrée aux effets pécuniaires⁹¹⁸ entre époux dans le droit marocain, la majorité des couples ne font pas de contrat de mariage et ce même si le législateur marocain a ouvert cette possibilité en le prévoyant expressément dans le Code de la famille. Ce choix permis par les dispositions du Code offre pour la première fois l'occasion au ménage marocain d'exprimer sa volonté en ce qui concerne la gestion de ses biens. Malgré cette ouverture, les Marocains gardent une préférence envers le régime de la séparation de biens qu'il est aisé de considérer comme le seul régime reconnu en droit musulman et de toute évidence, au Maroc.

⁹¹⁷ M. REVILLARD, « Dix ans d'application de la convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *R.N.D.*, 15/7/2002, p. 893.

⁹¹⁸ *Supra* n°323 et s.

772. Ces époux marocains en se liant avec la France se trouvent soumis aux règles du droit international privé en matière de régime matrimonial consacrées par la convention de la Haye du 14 mars 1978. Cette convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1992 en France⁹¹⁹. Elle constitue un apport essentiel pour le droit international privé puisque les règles de conflit uniformes qu'elle contient deviennent, en France et dans les pays qui l'ont ratifiée, les règles de conflit de droit commun, applicables en matière de régime matrimonial pour tous les époux mariés après le 1^{er} septembre 1992. De plus, elle prévoit pour les époux mariés avant cette date la possibilité de bénéficier du changement de loi applicable au régime matrimonial prévu par l'article 6 de la convention.

773. La convention présente un caractère universaliste. Ainsi les règles de conflit qu'elle contient deviennent des règles de droit international privé commun pour les régimes matrimoniaux et cela s'applique non seulement entre les Etats qui l'ont ratifiée, mais aussi dans les rapports de ces Etats avec les Etats tiers. Elle s'applique même si la nationalité, la résidence habituelle des époux ou la loi applicable en vertu des dispositions de la convention ne sont pas celles d'un Etat contractant. Ainsi, elle régit les couples marocains mariés au Maroc et ayant établi leur résidence habituelle en France pour désigner la nouvelle loi applicable à leur régime matrimonial, s'ils sont mariés après 1992. Afin de cerner la pratique actuelle de la convention et son impact sur les relations matrimoniales entre les époux marocains, il est nécessaire de comprendre qu'elle intervient à deux stades différents : celui de la loi applicable au moment du mariage (A) et celui de la loi applicable au cours du mariage (B).

⁹¹⁹ A. E. VON OVERBECK, Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la treizième session, t. II, 1978, Régimes matrimoniaux et rapport explicatif, p. 329 et suiv. ; M. REVILLARD, « La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », *Deffrénois* 1992, art. 35210, p. 257 et suiv., et texte de la convention, *Deffrénois* 1992, Lég., p. 276 et suiv. ; commentaire mis à jour par l'auteur dans son ouvrage *Droit international privé et pratique notariale*, éd. Deffrénois, 5^e éd. 2001, p. 129 et suiv. ; M. REVILLARD, « Le droit international privé de la famille. dans les conventions de La Haye et le droit international privé notarial », *Deffrénois* 1992, art. 35405, p. 1473 et suiv. ; G. Droz, « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régime matrimonial », *Rev. crit. DIP*, 1992, 631 et suiv. ; *Rép. Dalloz dr. int.*, V^o Régimes matrimoniaux ; M. REVILLARD, *JC. Not. rép.*, voir *Contrat de mariage*, fasc. 20 et *JC. dr. int.*, fasc. 556, n^{os} 46 et suiv.

A- La loi applicable au moment du mariage

774. Les règles du droit international, grâce à la convention, donnent un rôle déterminant à la volonté des époux. Elle prévoit deux types de rattachement. Un rattachement subjectif permettant aux époux, de désigner, avant le mariage, la loi applicable à leur régime matrimonial et de choisir leur régime. Cela n'est possible qu'avec la rédaction d'un contrat de mariage. Puis un rattachement objectif à défaut de choix volontaire.

775. Sachant que le contrat désignant la loi applicable au régime matrimonial n'est pas connu en droit marocain puisque les mariés peuvent conclure un contrat traitant de la gestion et la répartition de leur bien et qu'il n'y a pas de texte qui prévoit la désignation de la loi qu'ils désirent appliquer à leur régime matrimonial, il est plus intéressant de traiter du cas du rattachement objectif prévu par la convention. La convention qui a pensé aux couples qui désireront changer la loi applicable à leur régime après leur mariage, grâce à l'article 6, prévoyant cette possibilité, intègre aussi les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992.

776. Il sera permis de traiter deux questions pour ce qui est du régime des biens des époux en l'absence de contrat de mariage, le régime légal des époux mariés après 1992 (1) et celui des époux mariés avant cette date (2).

1- le régime matrimonial des époux marocains résidents en France mariés après le 1er septembre 1992

777. Afin de déterminer le régime matrimonial d'époux mariés sans contrat de mariage stipulant le régime auquel ils sont soumis comme c'est le cas pour les Marocains résidant en France, la convention établit un compromis entre deux points de rattachement : la loi de la résidence habituelle des époux dans le même Etat et leur loi nationale commune. L'application de la *proper law*, loi avec laquelle le régime présente les liens les plus étroits, ne joue, en pratique, que dans les cas résiduels. Il est certain qu'au premier abord les rattachements objectifs proposés par la convention représentent un mécanisme plus complexe que le système de droit positif antérieur retenu par le droit international privé français, mais

l'application des critères établis par la convention permet de déterminer plus simplement et plus rapidement le régime des biens des époux et de résoudre des situations qui ne trouvaient pas de solution dans le système de droit commun français antérieur⁹²⁰.

778. Ainsi, selon l'article 4, 1^{er} alinéa si les époux n'ont pas, avant le mariage, désigné la loi applicable à leur régime matrimonial, celui-ci est soumis à la loi interne de l'Etat sur le territoire duquel ils établissent leur première résidence habituelle après le mariage. Cette disposition reprend le système bien connu du droit international privé français qui, au titre de l'autonomie de la volonté, applique le critère du premier domicile matrimonial⁹²¹.

779. Le principe de la compétence de la loi de la première résidence habituelle des époux retenu par la convention ne souffre pas d'interprétation. Il s'agit de la première résidence habituelle des époux et il n'y a pas lieu de rechercher s'il y a une durée minimum prévue pour déterminer cette première résidence habituelle des époux. Si le terme « résidence habituelle » n'a pas été défini par la convention, il doit être apprécié comme une notion de fait⁹²². Ainsi, des époux de nationalité marocaine mariés dans leur pays (ou au Consulat marocain en France) se trouvent soumis au régime de la séparation de biens s'ils établissent leur première résidence habituelle au Maroc. Si, en revanche, ils s'installent en France après leur mariage, ils se trouvent soumis au régime légal français de la communauté de biens réduite aux acquêts.

780. En l'absence de résidence habituelle commune, situation très répandue chez les travailleurs marocains en France, l'article 4 dans son alinéa 2 et 3 a prévu l'application de la loi nationale commune des époux. S'il y a défaillance du facteur de rattachement principal, le rattachement à la loi nationale commune représente alors le rattachement subsidiaire le plus approprié. Il permet, précisément, de résoudre justement le cas fréquent des travailleurs marocains laissant leurs épouses au pays. Les époux de nationalité commune marocaine sont placés sous le régime

⁹²⁰ M. REVILLARD, « Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », E pluribus unum liber amicorum G. Droz, 1996, p. 369 et suiv.

⁹²¹ M. REVILLARD, op. cit., n° 206 et suiv. ,

⁹²² G. Droz, *Rép. dr. int.* Dalloz, V régimes matrimoniaux, n° 39.

légal marocain de la séparation de biens. Ainsi, dans le cas d'un achat de biens par l'un des époux sur le territoire français financé par un emprunt, le régime appliqué à ces époux sera celui prévu par leur loi nationale. La règle française de conflit de lois antérieure n'apportait pas de solution certaine dans ce cas, puisqu'il n'y avait pas de domicile matrimonial commun. Cette solution est appréciée par les praticiens et permet de solutionner le conflit au niveau non seulement du territoire français mais aussi marocain puisque la loi nationale est respectée.

781. Reste le cas où l'un des époux est marocain mais l'autre est de nationalité différente et qu'ils n'ont pas une résidence commune. Prenons l'exemple d'un marocain travaillant et résidant en France marié à une Suisse qui a établi sa résidence habituelle dans le pays dont elle est nationale. Ce cas présente une défaillance des rattachements et entraîne l'application de la *proper law*. La solution retenue dans l'article 4, alinéa 3, de la convention, faisant référence à la *proper law* lorsque des époux n'ont pas de résidence commune dans le même Etat et n'ont pas de nationalité commune (ou plusieurs nationalités communes) trouve des applications concrètes intéressantes. Elle correspond, le plus souvent, à la référence au centre des intérêts pécuniaires des époux, critère résiduel utilisé par la jurisprudence française lorsque l'appréciation du domicile des époux s'avère délicate⁹²³. Ainsi leur régime matrimonial sera soumis à la loi interne de l'Etat avec lequel il présente les liens les plus étroits. Il convient alors de tenir compte des circonstances particulières à chaque espèce.

782. En l'absence de contrat de mariage, la convention apporte des solutions positives, la loi de la première résidence habituelle des époux après le mariage trouve application. Par ailleurs, en l'absence de résidence commune, la loi nationale commune apporte une solution précise. Enfin, les difficultés soulevées par l'application des critères objectifs peuvent être atténuées par l'assouplissement du principe de la permanence du rattachement. Ces solutions sont très salutaires pour les couples mariés après l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 14 mars 1978. Voyons ce qu'il en est des époux mariés avant 1992.

⁹²³ M. REVILLARD, op. cit., n° 209.

2- Le régime matrimonial des époux mariés sans contrat de mariage avant le 1er septembre 1992

783. La détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans un contrat stipulant la loi à laquelle sera soumis leur régime avant l'entrée en vigueur de la convention de la Haye du 14 mars 1978 applicable aux couples mariés après le 1^{er} septembre 1992, date d'entrée en vigueur de la convention de La Haye, relève de l'autonomie de la volonté⁹²⁴.

784. Les époux n'ayant pas exprimé leur volonté de manière expresse, seront soumis à une appréciation par le juge du fond afin de déterminer leur volonté implicite et cela grâce à des indices tels que l'établissement du domicile matrimonial, la localisation des intérêts du ménage, la fixation du centre de leurs intérêts pécuniaires. L'indice du domicile matrimonial est d'une importance cruciale. Il a d'autant plus de force qu'il est corroboré par d'autres éléments et des circonstances postérieures au mariage sont souvent retenues pour éclairer le juge sur la volonté des époux et cela au moment de la conclusion du mariage.

785. Ainsi, le domicile matrimonial et la localisation des intérêts du ménage sont prépondérants occupant une place plus importante que les indices tirés de la nationalité des époux. Se pose alors le délicat problème de qualification des conventions matrimoniales et de la confusion entre acte de mariage et contrat de mariage⁹²⁵, illustrée notamment par la jurisprudence de la première chambre civile de la Cour de cassation sur l'acte de *Mahr* de consentement au mariage considéré comme un contrat de mariage⁹²⁶.

786. Ainsi, la difficulté la plus fréquente peut naître de la célébration d'un mariage religieux où l'engagement personnel des époux et des stipulations d'ordre

⁹²⁴ M. REVILLARD, JCl. Dr. int., fasc. 556, n° 22 et s. ; *Droit international privé et communautaire, Pratique notariale*, éd. Defrénois, 7^e éd., 2010, n° 305 et s. et jurispr. citée note 11, ss n° 306 ; « La détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant le 1^{er} septembre 1992 » : Defrénois 2006, p. 873, art. 38403.

⁹²⁵ G. KHAIRALLAH, *La volonté dans le droit international privé commun des régimes matrimoniaux*, in *Liber amicorum*, éd. Defrénois, 2007, p. 197 et s., n° 9 et s.

⁹²⁶ Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1998 : D. 1998, p. 287, note B. AUDIT ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 644, note D. ANNOUSSAMY. Et sur un nouveau pourvoi dans la même affaire, voir : Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, n° 03-14961 : *Bull. civ. I*, n° 430, p. 360 ; *JDI* 2006, p. 1365, note M. C. NAJAR.

patrimonial peuvent coexister. Cet acte de mariage ne contient-il pas également un contrat de mariage ?

787. La jurisprudence est riche d'exemples sur la question parce que s'il a été jugé que l'acte de *Kétouba* conclu au Maroc entre deux Marocains constatant que le mariage est conclu sous le régime maghorachime de Castille, adopté d'un commun accord par les époux pouvait être assimilé à un contrat de mariage⁹²⁷, il en est de même du contrat de mariage établi au Liban entre une Polonaise et un Libanais contenant l'adoption de la séparation de biens avec clause de dot selon la loi musulmane⁹²⁸. Ainsi, l'acte de mariage entre deux Marocains, établis au Maroc, même s'il ne contient pas de convention matrimoniale, tend vers le régime légal de séparation de biens. En revanche, la stipulation de dot ou la remise de dot figurant dans cet acte de mariage célébré selon la forme musulmane étant régi par le code marocain de la famille, ne permet pas de considérer que les époux sont placés sous le régime musulman de séparation de biens alors qu'ils se sont installés en France aussitôt après leur mariage. Selon les principes de droit international privé français, le régime français de communauté d'acquêts leur est applicable. En effet, la stipulation de dot n'est prévue qu'au titre de condition de validité du mariage lui-même et ne peut être assimilée à un contrat de mariage. En dehors de la stipulation de dot, l'acte de mariage ainsi établi ne contient pas de référence à la répartition des biens des époux ou aux pouvoirs des époux dans la gestion de leurs biens. La distinction doit s'établir sur cette base pour considérer qu'il y a eu choix d'un régime matrimonial en l'absence d'une convention qui traite expressément de la gestion des biens entre les époux⁹²⁹.

788. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler, le 28 mars 2012⁹³⁰. Il s'agissait en l'espèce d'un couple d'iraniens mariés en Iran le 13 octobre 1988 et qui ont toujours vécu en France, où M. X était domicilié depuis 1979. Les époux se sont

⁹²⁷ Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 360, note G. Khairallah ; *JDI* 1989, p. 715, note G. Wiederkehr, cassant un arrêt qui avait considéré que les époux installés en France après le mariage étaient soumis au régime légal français.

⁹²⁸ CA Paris, 14 juin 1995, *D.* 1996, p. 156, note F. BOULANGER ; *Rev. crit. DIP* 1997, p. 41, note L. GANNAGE ; *D.* 1996, p. 174, dans la même affaire, Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1997 : *JCP N* 1998, 1302, note G. WIEDERKEHR ; *Rev. crit. DIP* 1998, p. 632, note P. Gannagé.

⁹²⁹ M. REVILLARD, *JCl. préc.*, n° 18.

⁹³⁰ N° 11-12.940 11-12.995.

installés en France après leur mariage et y ont fixé tous leurs intérêts pécuniaires. À l'occasion de leur mariage, à titre de remise de dot selon la tradition islamique, une somme d'argent constituant la dot a été versée par le mari comme élément de l'acte de mariage qui conditionne le consentement des époux. En 2007, Mme X a déposé une requête en divorce devant le tribunal de grande instance de Créteil. En vue de la liquidation des intérêts pécuniaires des époux, la cour d'appel de Paris, le 3 novembre 2010, se prononçant sur leur régime matrimonial, conclut que le couple s'étant installé en France où tous leurs intérêts familiaux et patrimoniaux sont localisés, les époux sont mariés sous le régime légal français de communauté et qu'il ne résulte pas de l'acte de mariage la volonté d'adopter le régime iranien de la séparation de biens. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel constatant que l'acte passé entre les époux lors de leur mariage en Iran le 13 octobre 1988 ne revêtait pas le caractère d'un contrat de mariage. La cour d'appel avait indiqué que « la remise à l'épouse d'un Coran, de 14 pièces d'or, les dispositions sur les douze cas où l'épouse peut demander le divorce ne représentent pas les clauses d'un contrat de mariage mais constituent les conditions de l'acte de mariage lui-même, de même que le *Maher* que le mari s'engage à verser à sa femme est un élément de cet acte de mariage qui conditionne le consentement des époux ». La Cour de cassation a estimé que c'est sans encourir le grief de dénaturation de l'acte du 13 octobre 1988 que la cour d'appel a constaté que celui-ci « ne revêtait pas le caractère d'un contrat de mariage dès lors que ses dispositions déterminaient exclusivement les conditions du mariage ». Par suite, la première chambre civile a considéré qu'à défaut de contrat de mariage, « la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 14 mars 1978 est celle du lieu de leur premier domicile matrimonial ». En effet, aucun doute ne pouvait exister en l'espèce sur l'appréciation du premier domicile matrimonial en France puisque M. X était établi depuis 1979, où les époux ont vécu aussitôt après leur mariage et ont fixé tous leurs intérêts pécuniaires.

Lors de cet arrêt, la Cour a rappelé que la convention de la Haye du 14 mars 1978 n'était pas applicable à des époux mariés avant son entrée en vigueur et qu'ils sont soumis aux principes de droit commun applicables aux époux mariés avant le 1er septembre 1992.

789. Les difficultés qui peuvent être soulevées par l'application des critères objectifs peuvent être atténuées par l'assouplissement du principe de la permanence du rattachement. La modification volontaire de la loi applicable au régime matrimonial représente en effet le progrès essentiel apporté par la convention de la Haye dans la pratique des régimes matrimoniaux en droit international privé.

B- Le changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage

790. La convention a prévu une atténuation du principe de la permanence du rattachement. Ainsi, elle admet une double mutabilité. Une mutabilité volontaire, pratique qui permet aux époux de changer la loi applicable à leur régime matrimonial de manière simple et concrète (1) puis la mutabilité automatique qui présente certains effets négatifs⁹³¹ (2).

1- La mutabilité volontaire

791. L'article 6 de la convention dispose que « les époux peuvent au cours du mariage soumettre leur régime matrimonial à une autre loi que celle jusqu'alors applicable ». Cette faculté est ouverte à tout moment et intéresse aussi bien les époux mariés sans contrat que ceux ayant établi un contrat de mariage ou désigné une loi applicable. Cette mutabilité volontaire concerne même les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992. En effet, si la convention de La Haye ne s'applique, en principe, qu'aux époux mariés après cette date, ceux mariés antérieurement peuvent désigner la loi applicable à leur régime matrimonial après son entrée en vigueur et bénéficier de l'article 6⁹³².

792. Ainsi, les époux peuvent choisir entre la loi d'un Etat dont l'un d'eux a la nationalité au moment de cette désignation, celle de l'Etat sur le territoire duquel l'un des époux a sa résidence habituelle au moment de cette désignation ou encore, pour tout ou partie des immeubles, la loi du lieu de leur situation.

⁹³¹ M. REVILLARD, op. cit., n° 275.

⁹³² Art. 21 de la convention de la Haye du 14 mars 1978.

793. Le changement de loi applicable doit, selon l'article 11 de la convention, faire l'objet d'une stipulation expresse dans un écrit passé dans les formes du contrat de mariage ou résulter des dispositions d'un contrat de mariage, sans aucun contrôle judiciaire. Cette forme simplifiée est une opération peu coûteuse en comparaison d'un changement de régime lorsque celui-ci doit être soumis à une homologation judiciaire.

Les époux peuvent ainsi faire connaître le régime matrimonial qu'ils ont choisi parmi ceux proposés par la loi désignée au cours du mariage et choisir directement, sans contrôle judiciaire, le régime légal prévu par cette loi. Des époux placés sous la loi marocaine et le régime de la séparation de biens peuvent, au titre de l'article 6 de la convention, choisir la loi française et directement le régime de la communauté universelle avec une clause d'attribution intégrale de la communauté au survivant.

794. Pour ce qui est des effets du changement de loi applicable et sa rétroactivité, selon les termes mêmes de l'article 6 de la convention, la loi choisie au cours du mariage s'applique à l'ensemble des biens des époux, y compris ceux acquis avant le changement de loi. La loi nouvelle s'applique donc rétroactivement au jour du mariage, sous réserve des droits des tiers. Mais les époux ont la possibilité de liquider leur régime matrimonial et de s'opposer ainsi à la rétroactivité : la loi nouvelle ne s'applique alors qu'aux biens qu'ils posséderont après cette déclaration. En raison de la rédaction défectueuse de l'article 1397-4 du Code civil, introduit par la loi du 28 octobre 1997, qui exclut la rétroactivité, mais comme la convention prévaut de la primauté sur le droit interne, il convient que les époux expriment clairement leur choix. Ils peuvent soit envisager la désignation de la loi applicable et du régime désigné pour l'avenir, soit, si les circonstances le commandent, envisager cette désignation avec un effet rétroactif⁹³³.

795. Ainsi, les Marocains qu'ils soient mariés avant ou après le 1er septembre 1992, peuvent profiter de la souplesse offerte par l'article 6 de la convention de la Haye du 14 mars 1978 pour exprimer leur volonté sur la loi applicable à leur régime matrimonial. Cela permettra de résoudre le problème du cas de l'un des époux qui

⁹³³ M. REVILLARD, op. cit., n° 279.

souhaite acquérir seul un bien en recourant à un emprunt. Ils éviteront une déclaration erronée dans l'acte de vente sur le régime matrimonial. Une telle déclaration s'analyse en une déclaration de loi applicable faite unilatéralement et postérieurement au mariage. Les tribunaux ne tiennent pas compte d'une telle déclaration, surtout si elle leur semble frauduleuse ou si elle traduit la volonté des époux de changer de régime matrimonial en violation des règles d'immutabilité ou des conditions de forme imposées pour un tel changement par la loi qui leur est applicable⁹³⁴. Dans une telle hypothèse, les époux pensent être soumis au régime de la séparation de biens mais sont soumis au régime légal français en raison de l'application des règles de conflit françaises. Ainsi, ils peuvent désigner l'une des lois suivantes : la loi nationale de l'un d'eux ; la loi de résidence habituelle de l'un d'eux ou pour tout ou partie des immeubles, la loi de situation de ceux-ci. Ils auront ainsi le choix entre le régime légal français ou le régime séparatiste marocain ce qui évitera toute discordance entre les solutions retenues en France et au Maroc. Conformément à l'article 6 de la Convention de La Haye, ce changement de loi devra se faire en France par acte authentique, en la forme (solennelle) des contrats de mariage (aucun délai et aucune homologation ne sont requis). Ce changement, sauf clause contraire, s'applique à l'ensemble de leurs biens⁹³⁵.

2- La mutabilité automatique

796. L'article 7 de la convention retient le principe de la permanence du rattachement : « la loi compétente en vertu des dispositions de la convention demeure applicable aussi longtemps que les époux n'en ont désigné aucune autre et même s'ils changent de nationalité ou de résidence ». Mais le principe de refus d'une mutabilité automatique est assorti d'exceptions. Le même article y prévoit une mutabilité automatique du rattachement ou un changement d'office de la loi du régime. La loi de la résidence habituelle est alors substituée à celle qui était précédemment applicable. La mise en œuvre de ces dispositions pourra surprendre des époux qui se

⁹³⁴ *Ibid.* n° 246.

⁹³⁵ Voir. R. CRÔNE et M. REVILLARD, « Clause et conseil d'experts concernant l'exemple d'un couple marocain résidant à Marseille désirant changer la loi applicable à leur régime matrimonial grâce à l'article 6 de la convention de la Haye du 14 mars 1978 ». *Defrénois*, 30 novembre 2009 n° 20, p. 2167.

trouveront soumis à plusieurs lois et à plusieurs régimes matrimoniaux successifs. Il faut souligner, cependant, que les dispositions sur la mutabilité automatique ne concernent pas les époux mariés avant le 1^{er} septembre 1992. Elles ne s'appliquent pas non plus aux époux ayant désigné la loi applicable à leur régime matrimonial ou ayant établi un contrat de mariage. Le rattachement initial ne peut être modifié que par leur volonté. Trois cas de changement automatique sont prévus par l'article 7 de la convention.

797. Le premier cas concerne la convergence de la résidence et de la nationalité. Si les époux marocains ont la nationalité française ou s'ils l'acquièrent, la loi interne c'est-à-dire la loi française où les époux fixent tous les deux leur résidence habituelle devient applicable et remplace celle à laquelle leur régime matrimonial était soumis auparavant ; il y a, dans ce cas, convergence de la résidence et de la nationalité.

798. Le deuxième cas concerne les époux qui ont établi une résidence habituelle depuis dix ans après leur mariage. La loi interne de l'Etat où les époux ont tous deux cette résidence habituelle devient applicable. Ainsi, les Marocains qui se sont installés en France pour établir leur résidence habituelle pour cette durée se trouvent automatiquement soumis à la loi française.

799. Le troisième cas concerne les époux qui fixent leur résidence habituelle dans le même Etat alors qu'auparavant, ils étaient soumis à leur loi nationale commune puisqu'ils n'avaient pas la résidence habituelle dans le même Etat au moment du mariage. Ce cas est très fréquent chez les travailleurs marocains en France qui se marient au pays et qui attendent quelques années avant de ramener leurs épouses en France. Prenons l'exemple d'un couple marocain marié au Maroc en 1999 sans contrat de mariage. Après le mariage, le mari revient travailler en France alors que son épouse est restée au Maroc. Elle le rejoint en France en 2005. Sous quel régime matrimonial sont-ils actuellement placés ?

800. Comme il a été déjà signalé, l'article 4 alinéa 2, chiffre 3 de la convention de la Haye dispose que dans ce cas c'est la loi nationale commune des époux qui sera applicable à défaut de première résidence commune après le mariage et par conséquent, ils seront soumis au régime séparatiste marocain. En venant rejoindre

son mari en France, l'épouse change de résidence habituelle et les deux s'établissent en France où se trouve leur résidence habituelle commune et par conséquent ils seront placés sous le régime légal français de communauté d'acquêt par application de l'article 7 alinéa 3 de la convention de La Haye selon lequel « la loi interne de l'Etat où les époux ont tous deux leur résidence habituelle devient applicable au lieu et place de celle à laquelle leur régime matrimonial était antérieurement soumis à partir du moment où ils y fixent leur résidence habituelle, si le régime matrimonial était soumis à la loi de l'Etat de la nationalité commune uniquement en vertu de l'article 4, alinéa 2, chiffre 3 ». Par conséquent, les deux régimes matrimoniaux s'appliquent successivement à ces époux : le régime légal marocain de la séparation de biens jusqu'à 2005, date à laquelle l'épouse rejoint son mari et change de résidence habituelle, puis après cette date ils seront soumis au régime légal français de la communauté d'acquêts.

801. La seule solution pour mettre fin à cette succession de régimes et les soumettre à un régime unique est de faire établir aujourd'hui aux époux, toujours de nationalité marocaine, une déclaration de changement de loi applicable en faveur de la loi marocaine selon l'article 6 de la convention de La Haye (passant de la loi française à la loi marocaine), dans les formes d'un contrat de mariage, sans homologation judiciaire, en précisant que la loi marocaine et le régime légal marocain de la séparation de biens s'appliqueront à eux rétroactivement depuis leur mariage.

802. La mutabilité automatique fait l'objet de plusieurs critiques doctrinales qui résultent de la complexité des situations aboutissant à une succession de régimes matrimoniaux, avec les difficultés de preuves d'origine et d'estimations des biens lors d'une liquidation de ces régimes. Les moyens d'éviter un tel changement automatique résident dans la possibilité offerte aux époux de s'opposer expressément à cette mutation de la loi applicable à leur régime matrimonial en établissant un contrat de mariage ou en confirmant l'application de la loi applicable par un choix explicite qui exclura la mutabilité automatique.

803. L'analyse et la pratique judiciaire concernant les couples marocains monogames ayant des relations étroites avec la France, semblent simples pour les praticiens français qui grâce à la convention de la Haye du 14 mars 1978 ont les outils

pour proposer aux Marocains résidant en France des solutions adéquates à leur situation. Cependant, la question se pose pour les familles marocaines polygamiques et les effets de cette polygamie sur le régime matrimonial des époux.

II- Les effets matrimoniaux des unions polygamiques marocaines

804. Il est vrai que les questions relatives aux effets de la polygamie en France se font de plus en plus rares depuis que la loi du 24 août 1993, relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers, est entrée en vigueur. Ainsi, comme il a été constaté précédemment, l'étranger résidant en France avec son épouse ne peut plus bénéficier du regroupement familial pour un autre conjoint ainsi que pour les enfants issus de cette union. Les litiges liés aux effets de ces unions ne toucheront que les ménages polygamiques installés en France avant l'entrée en vigueur de ladite loi. Ainsi, les problèmes relatifs à la pension alimentaire ou la cohabitation des époux risquent de devenir un souvenir dans les archives jurisprudentielles⁹³⁶. Il faut ajouter à cela la diminution des mariages polygamiques au Maroc grâce aux dispositions du code de la famille et l'exigence d'autorisation judiciaire pour constituer un ménage polygamique, sans oublier le changement de mentalité des Marocains qui tendent plus vers le mariage monogamique.

805. Les rares questions qui peuvent se poser devant le juge français seront surtout relatives à la liquidation du régime matrimonial et elles sont très intéressantes puisqu'elles posent le problème complexe du régime applicable à ces ménages.

806. Ni la convention de la Haye du 14 mars 1978, ni le droit interne français ne traite de la question du régime matrimonial du ménage polygamique. La situation se complique et pose un sérieux problème quand c'est le droit français qui se trouve désigné par la règle de conflit pour régler la liquidation des régimes matrimoniaux. Il est évident que le droit français n'est pas adapté à de telles situations et cela à amener la doctrine à proposer des solutions afin de répondre aux cas des ménages polygamiques. Trois propositions essayent d'apporter une réponse en cette matière.

⁹³⁶ J. DEPREZ, « Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France, aspect de droit international privé », art. précité, p. 283

En premier lieu, une proposition consiste à déclarer le régime communautaire comme incompatible avec les unions polygamiques (A), en second lieu, une solution moins radicale consistant à scinder les règles applicables aux régimes successifs en retenant un régime communautaire pour le premier mariage et un régime séparatiste pour le second a vu le jour (B), et enfin une dernière proposition maintient l'application de la loi désignée par la règle de conflit (C).

A- L'incompatibilité du régime communautaire avec les unions polygamiques

807. C'est Mme Bourdelois qui a proposé l'idée du rejet du régime communautaire aux unions polygamiques en constatant l'inaptitude de ce dernier à organiser les relations pécuniaires entre l'époux et ses épouses. Ainsi, « la constatation de l'existence d'un mariage virtuellement polygamique devrait entraîner, *ipso facto*, le rejet de tout régime communautaire, sans avoir à se préoccuper s'il prendra ou non une deuxième épouse »⁹³⁷. L'auteur préconise par cette proposition une règle matérielle du droit international privé selon laquelle le régime matrimonial d'un ménage polygamique doit obligatoirement organiser l'autonomie du patrimoine de chacun de ses membres. Cette règle qui devient un « élément correcteur » sera mise en œuvre dans le cas où c'est le régime légal français qui est applicable au dit ménage et non le régime séparatiste⁹³⁸.

808. Cette solution repose sur la sollicitation excessive de la volonté tacite des époux. Elle remet en question les solutions du droit positif pour se diriger vers une interprétation poussée de la volonté des membres du ménage puisqu'il est à considérer généralement que le choix des époux est forcément celui du régime légal de la loi sous l'empire de laquelle l'union polygamique est consacrée. Prétendre découvrir la volonté des parties d'opter pour un régime séparatiste en se référant au seul indice qui est que le mariage soit virtuellement polygamique ne peut pas être

⁹³⁷ B. BOURDELOIS, op. cit., n° 630, p. 303.

⁹³⁸ *Ibid.* n°635, p. 305

considéré comme une solution concluante puisqu'elle ne permet nullement de localiser les intérêts pécuniaires des époux. Cela rejoint l'idée déjà traitée selon laquelle la stipulation de la dot dans l'acte de mariage ne peut être prise comme indice du choix des époux de soumettre leur régime matrimonial aux lois du pays dont ils ont la nationalité et d'opter pour un régime séparatiste. Mais comme il a été déjà signalé, la dot reste une des conditions de la validité de l'acte dont il n'est possible de déduire un quelconque choix des époux pour un régime séparatiste.

809. Soumettre le régime matrimonial du premier mariage à un régime séparatiste qui autorise la polygamie ne peut signifier que les époux ont entendu se marier sous le régime qui organise l'indépendance des patrimoines⁹³⁹. Ainsi, la première épouse qu'elle soit marocaine ou pas, domiciliée en France depuis son mariage, ne se trouvera pas dans l'obligation d'être soumise au régime séparatiste marocain sous prétexte que son mariage est potentiellement polygamique.

810. Cette solution a été retenue lors de l'affaire Ojjeh⁹⁴⁰ qui concrétise l'idée qui consiste « à élaborer une réglee matérielle propre au mariage polygamique. Il reste que [...] le jugement emprunte à la fois à l'approche conflictuelle classique, reposant sur la loi d'autonomie et à l'approche substantielle proposée par Mme Bourdelois »⁹⁴¹. Ainsi, le jugement relève que « le statut polygamique ainsi avéré de Akram Ojjeh est un fait propre à déterminer une présomption de rattachement volontaire du régime matrimonial des requérants à la loi syrienne, la loi personnelle du mari à l'époque de l'union, instaurant un régime matrimonial séparatiste; que d'ailleurs, ce régime, adapté à un statut polygamique, permet de préserver les intérêts individuels de chacune des épouses; attendu, en fonction de l'ensemble de ces éléments qu'il y a lieu de considérer que les époux Ojjeh ont entendu adopté le régime séparatiste, le régime syrien ».

811. Certes, cette lecture peut amener à envisager que le jugement épouse la solution proposée par Mme Bourdelois, mais une autre lecture est possible. Prenant en considération qu'à cette date la manifestation expresse des parties ne pouvait être

⁹³⁹ I. FADLALLAH, voir Polygamie, *Rép. Dalloz Dr. Int.*, n°34.

⁹⁴⁰ TGI Paris, 26 février 1986, *Clunet* 198, p. 420, note G. WIEDERKEHR.

⁹⁴¹ M.-C. NAJM, op. cit., n°409, pp. 388-389.

considérée que comme un simple élément localisateur⁹⁴², il est à envisager que le juge du fond a tout simplement consacré le choix par les époux de la loi séparatiste syrienne, sous couvert d'une application de la règle de conflit française qui exigeait une interprétation de la volonté des parties quant à la localisation de leurs intérêts pécuniaires. Si ces époux syriens avaient opté pour un choix différent, la solution aurait peut-être été de même. Finalement, la décision prise par les juges du tribunal de grande instance de Paris n'a fait qu'anticiper la solution adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt Tangi en date du 6 juillet 1988⁹⁴³ à l'occasion duquel, elle a annoncé que « la volonté présumée des époux ne doit être recherchée, pour la détermination de leur régime matrimonial, que s'il n'existe pas de choix exprès fait par les conjoints ». Il est à remarquer que la solution anticipe aussi celle adoptée par la convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux qui se trouve dans les dispositions de l'article 6 concernant les modalités de changement du régime matrimonial des époux mariés avant et après l'entrée en vigueur de ladite convention.

812. La première épouse même marocaine en venant résider en France, est en droit de s'attendre à ce que le régime matrimonial soit celui de la communauté d'acquêts du droit français. Il n'y a pas lieu de faire prévaloir la potentialité d'un quelconque mariage polygame. La volonté des époux, « surtout pour le premier mariage, n'impose guère la séparation : si un Algérien épouse une Française en matière et vit avec elle en France, pourquoi considérerait-on que le ménage a entendu se soumettre à la séparation des biens de droit musulman sous prétexte que le mari peut se remarier selon le droit algérien ? »⁹⁴⁴. Cette réflexion s'applique non seulement pour l'époux marocain marié à une Française mais aussi dans le cas où l'épouse est marocaine.

813. La solution proposée par Mme Bourdelois est d'autant plus radicale qu'elle remet en cause la prévisibilité juridique légitime chez la première épouse⁹⁴⁵ et verrait dans tout mariage contracté par un ressortissant de pays musulmans admettant la

⁹⁴² V. P. GANNAGE, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », *Rev. Crit. DIP*, 1992, p. 425, spéc. p. 442; B. ANCEL, Y. LEQUETTE, *Grand arrêts DIP.*, p. 133; MAYER et HEUZE, *op. cit.*, p. 564.

⁹⁴³ C. cass., 1ère ch. civ., 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP*, 1989, p. 360, note G. KHAIRALLAH; *Clunet*, 1981, p. 718, note G. WEDERKEHR.

⁹⁴⁴ I. FADLALLAH, *op. cit.*, n°34.

⁹⁴⁵ M.-C. NAJM, *op. cit.*, n°408, p. 388.

polygamie, donc tout Marocain, un polygame en puissance ce qui est loin d'être le cas puisque les mariages polygamiques ne représentent au Maroc que 0,38% du nombre total des mariages enregistrés⁹⁴⁶, chiffre qui tend, de plus, vers la baisse.

B- L'adoption de régimes distincts pour les différentes unions

814. Cette thèse, comme la précédente, a pour point de départ, l'incompatibilité du régime légal français de la communauté des acquêts avec les unions polygamiques. Elle est proposée par Mme Najm⁹⁴⁷ qui soutient « qu'il n'y a aucun problème à ce que la première épouse reste soumise à un régime communautaire même après la conclusion des mariages ultérieurs dès lors que ces derniers seront nécessairement soumis au régime séparatiste »⁹⁴⁸.

815. Ainsi, l'auteur soutient la première épouse en proposant une solution qui défend au mieux le maintien du régime communautaire de son union et préconise la soumission des mariages ultérieurs au régime séparatiste en faisant appel au lieu et à la forme de célébration du mariage dont il est déduit. Donc, les rapports pécuniaires du mari et de la seconde épouse seront soumis à la loi nécessairement confessionnelle et séparatiste et ainsi ils peuvent naturellement s'attendre à être soumis à cette loi qui permet et qui valide leur union⁹⁴⁹.

816. Cette proposition peut satisfaire la situation des unions polygamiques marocaines. Puisque la deuxième épouse ne pourra avoir de domicile en France, et que le cas le plus répondu reste celui de l'époux marocain polygame qui partage sa vie avec la première épouse en France et la deuxième au Maroc, il aisé d'imaginer que la liquidation du régime matrimonial peut se réaliser en désignant deux régimes distincts pour la première épouse et la ou les autres épouses restées au pays.

⁹⁴⁶ Statistiques du ministère de la justice parues dans *Rev. jus. fam.*, n°1, 2005, p. 115.

⁹⁴⁷ M.-C. NAJM, op. cit., n°413, pp. 392 et s., spéc. n°414, pp. 395-396.

⁹⁴⁸ *Ibid.* n°412, p. 398

⁹⁴⁹ M.-C. NAJM, op. cit., n°418, p. 397.

817. Mais cette solution souffre de deux inconvénients. En premier lieu, cette proposition comporte un postulat contestable, celui de considérer que tous les pays pratiquant la polygamie, ne connaissent qu'une seule forme de régime matrimonial, le régime séparatiste. Or, il peut y avoir des cas où la déduction de la nature séparatiste du régime matrimonial du second mariage de la forme ou le lieu de la célébration du mariage n'est pas si évidente. L'exemple du droit camerounais est très concluant. Ainsi, un Camerounais qu'il soit musulman ou chrétien peut contracter un mariage polygamique au Cameroun et conclure l'acte uniquement sous la forme civile⁹⁵⁰ sans qu'il puisse y avoir une cérémonie religieuse. Il peut aussi opter pour un régime matrimonial communautaire comme il est prévu et permis par le droit camerounais⁹⁵¹. Dans cette situation la proposition se vide de toute son efficacité.

818. En deuxième lieu, la proposition n'englobe pas l'hypothèse dans laquelle le mari et la deuxième épouse auraient pris soin d'insérer dans le contrat de mariage une stipulation par laquelle ils adoptent le régime communautaire du droit français sans ruiner les prévisions légitimes des époux. C'est ce que Mme Najm avance en écrivant « peut-on toutefois imaginer l'hypothèse où les époux au deuxième mariage auraient fait de manière irréfléchie un contrat de mariage adoptant le régime communautaire du droit français. Cette hypothèse, qui parlait d'école, oblige de la même manière de substituer au régime communautaire le régime séparatiste du droit confessionnel étranger sous l'empire duquel les époux ont pu se marier. La solution porte atteinte aux prévisions des époux, mais elle se justifie par l'impossibilité de concilier la volonté des époux avec le principe de cohérence ; d'ailleurs à quoi servirait une solution prévisible si elle est incohérente »⁹⁵².

819. Mme Najm se repose dans son argumentaire sur la qualification du choix du mari et sa deuxième épouse d'un régime communautaire comme un choix irréfléchi ce qui paraît très improbable. Dans la situation de ménages marocains polygamiques, la possibilité de déterminer la loi applicable au régime matrimonial et de choisir un régime qui n'est pas le régime légal séparatiste marocain ne peut se faire que de

⁹⁵⁰ P. G. POUGOUÉ et F. ANOUKAHA, « Mariage, filiation », *JC. dr. comp.*, Cameroun, fasc. 2 n°17.

⁹⁵¹ P. G. POUGOUÉ et F. ANOUKAHA, « Régimes matrimoniaux, succession, droit des conflits », *JC. dr. comp.*, Cameroun, fasc. 3 n°14.

⁹⁵² M. -C. NAJM, *op. cit.*, n°364, p. 397.

manière très réfléchi et que par un accord exprès entre les époux ou le mari et la deuxième épouse. Cela se réalise grâce à un document indépendant de l'acte de mariage qui régleme le sort des biens accumulés par les époux et le choix du régime applicable au mariage qui est généralement un régime communautaire pour éviter l'application du régime légal marocain.

820. Cette manifestation de volonté expresse faite par les époux, ne peut être évincée à la faveur du régime du lieu de la célébration au nom de l'impossibilité de concilier la volonté des époux avec le principe de cohérence. La cohérence exige que les prévisions légitimes des époux soient respectées qu'il s'agisse de la première ou la deuxième épouse.

821. Ainsi, Mme Najm, en s'opposant à la thèse consistant à soumettre tous les ménages polygamiques à un régime séparatiste y compris en ce qui concerne la première épouse, tendait à ce que cette solution ne porte pas atteinte aux prévisions légitimes des parties. Cela doit concerner aussi la deuxième épouse et non seulement la première puisqu'il n'est guère possible de soumettre les prévisions légitimes des parties à une géométrie variable qui se réalise dans un cas et pas dans l'autre. L'atteinte aux attentes devient particulièrement grave lorsque la volonté des époux est expressément exprimée pour un régime communautaire. Cette volonté ainsi claire n'existe que pour maintenir un équilibre dans les rapports pécuniaires du ménage polygamique, en l'ignorant pour imposer un autre régime au nom de l'incohérence du régime communautaire à ce type de ménage, une atteinte très grave sera portée injustement à la deuxième épouse surtout si cette dernière a apporté une masse pécuniaire plus élevée que celle de la première épouse.

822. Il est évident que cette proposition apporte une solution injuste pour la deuxième épouse sans prendre en considération les conditions et les circonstances de la création du ménage polygamique. Certes, la deuxième épouse contrairement à la première a fait le choix de créer un ménage polygamique et se met ainsi dans cette situation en toute connaissance de cause⁹⁵³ mais cela ne permet pas de lui imposer un régime séparatiste qu'elle n'a pas choisi. La solution tendra plus vers une punition

⁹⁵³ M. -C. NAJM, op. cit., n°418 p. 398.

que vers une rectification d'un choix irréfléchi effectué par le second ménage en faveur d'un régime communautaire.

C- Maintenir le régime de communauté des biens pour les ménages polygamiques

823. Voilà une solution qui est à l'opposé de ce qui est proposé par les thèses précédentes. Elle est élaborée par M. Zaher. L'auteur évince l'idée de l'incompatibilité entre le régime matrimonial de communauté et les ménages polygamiques. Il part du postulat que dès que le second mariage est valable conformément aux lois personnelles respectives du mari et de la seconde épouse, le régime matrimonial doit être liquidé conformément à la loi désignée par la règle de conflit⁹⁵⁴. Si la règle de conflit désigne la loi étrangère autorisant la polygamie, le juge appliquera les dispositions en phase avec la polygamie mais si elle désigne la loi française, c'est le régime communautaire qui sera appliqué au ménage polygamique ou pas.

824. L'auteur soutient cette possibilité en se référant au droit interne français qui connaît la même situation dans le cas d'annulation du mariage pour bigamie. L'annulation de celui-ci n'anéantit pas rétroactivement le régime matrimonial⁹⁵⁵. La solution est admise par la doctrine⁹⁵⁶ et la jurisprudence⁹⁵⁷ depuis longtemps. Ainsi la seconde épouse peut prétendre au même titre que la première épouse, au partage de la communauté par application de la théorie du mariage putatif. Les règles de partage sont identiques⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ K. ZAHER, *op. cit.*, n°379, p. 265.

⁹⁵⁵ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux, droit civil*, Dalloz, 2005, 4ème éd., n°564, p. 464 ; Ph. MALAURIE et H. FULCHIRON, *AJ Fam.*, *op. cit.*, n° 276, p. 151 ; J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *La famille., Fondation et vie de la famille., Traite de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ 1993, 2ème éd., n° 386, p. 172.

⁹⁵⁶ AUBRY et RAU, *Droit civil français*, 7ème éd. par P. ESMEIN, éditions Techniques, Librairie de la Cour de cassation, t. VII, p. 76 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. II, La famille., mariage, divorce, filiation*, 2ème éd. par A. ROUAST, LGDJ 1952, n° 329, pp. 256-257.

⁹⁵⁷ C. cass., ch. req, 9 juillet 1935, D. 1935, p. 413.

⁹⁵⁸ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *ibid.*

825. L'auteur convient de la difficulté de la tâche ainsi que de la rareté jurisprudentielle dans la matière. Il propose toutefois deux décisions ayant traité ce type de difficultés.

En premier lieu, il se réfère à la décision rendue par la Cour d'appel de Bordeaux datée du 18 mai 1852⁹⁵⁹. Il s'agit d'un époux décédé ayant laissé deux conjoints et des biens pour l'essentiel acquis postérieurement au second mariage. Considérant que la communauté des biens entre l'époux et la première épouse, correspond non seulement à la durée de leur mariage mais s'entend aussi jusqu'au décès, la Cour d'appel décida que « tous les biens acquis depuis le second mariage sont pour elle [la première épouse], comme ceux qui auraient été acquis auparavant, des acquêts de sa communauté dont la loi lui attribue la moitié » excluant ainsi la seconde épouse de tout partage communautaire. Se faisant, la Cour d'appel s'est contentée d'accorder à la seconde épouse, à titre d'indemnité, un dédommagement à prélever sur la moitié des biens revenant au mari décédé. Cette décision met en œuvre une solution choquante et injuste envers la seconde épouse dont l'union était pourtant soumise au régime communautaire⁹⁶⁰. La solution de la Cour est d'autant plus choquante dans ce cas précis puisque les juges n'ont guère pris en considération le fait que les biens ont été exclusivement ou presque acquis postérieurement au second mariage. La lettre de l'article 210 du Code civil permet au second époux de bonne foi d'exiger le partage et la liquidation du régime matrimonial⁹⁶¹.

En second lieu, l'auteur traite d'une deuxième décision dans laquelle la Cour d'appel de Toulouse a procédé par un raisonnement différent de celle de la décision précédente. Ainsi, le 22 mars 1982⁹⁶², les magistrats toulousains ont rendu un arrêt accordant à la seconde épouse la moitié des biens communs entre elle et le mari décédé au titre du partage de la communauté. La première épouse n'a eu droit qu'à la moitié des biens attribués à l'époux, la part restante qui représente le quart des biens, devait être partagée entre les trois enfants héritiers. Cette solution est à l'opposé de

⁹⁵⁹ C. A. Bordeaux, 18 mai 1852, S. 1852, p. 609.

⁹⁶⁰ L. LEVENEUR, *Situation de fait et droit privé*, LGDJ. 1990, préface de M. GOBERT, n° 180, p. 207 ; M. -C. NAJM, op. cit., n°414, p. 395.

⁹⁶¹ K. ZAHER, op. cit., n° 380, p. 266.

⁹⁶² C. A. Toulouse, 22mars 1982, *R.T.D.civ.* 1983, p. 332, observation R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI ; *JCP.* 1984, note F. BOULANGER.

l'autre. Ainsi, dans les deux décisions, les juges privilégient soit la première, soit la deuxième épouse.

D'autres solutions médianes existent mais elles souffrent de certaines lacunes. La première est proposée par M. Nerson et M. Rubellin-Devichi⁹⁶³. Ils partent de la considération que le patrimoine du ménage polygamique n'est ni plus ni moins, qu'une « succession dans le temps de deux communautés »⁹⁶⁴. En d'autres termes, le partage de la communauté doit être placé au jour du second mariage. Ainsi la liquidation de la première communauté ne prendra pas en considération les biens acquis par le second ménage. En revanche « la seconde communauté, constituée par les acquêts réalisés par les époux au cours du second mariage, serait partagée en deux parties, revenant l'une à la seconde femme, l'autre aux héritiers du défunt, la première épouse ayant éventuellement le droit - sur le fondement de l'enrichissement sans cause - à une indemnité, en raison, par exemple, de ce que le mari n'a pas participé à la contribution aux charges du mariage qui ne lui a jamais été réclamée »⁹⁶⁵.

826. Cette proposition sera d'une grande utilité dans le seul cas de la cessation de toute communauté de vie entre le mari et la première épouse puisqu'il sera difficilement justifiable de faire bénéficier le premier conjoint d'une liquidation de la première communauté englobant des acquêts, faits postérieurement au second mariage lorsqu'il seraient l'œuvre exclusive du mari et de la seconde épouse. Quant à l'indemnité en faveur de la première épouse, elle prend tout son sens lorsque le mari a cessé de contribuer aux charges du mariage.

827. Cette solution n'est pas de nature à toujours favoriser et avantager systématiquement la seconde épouse mais elle a justement été critiquée en ce qu'elle aboutirait à écarter injustement la première épouse du partage des acquisitions postérieures au second mariage malgré la pérennité de la première union⁹⁶⁶. Toutefois cette critique ne peut être justifiée que dans le cas où la communauté de vie est partagée entre le mari et ses épouses. Cette communauté de vie entre les époux est

⁹⁶³ R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, « Jurisprudence en matière de droit civil, personnes et droit de la famille. », *R.T.D.civ.*1983, p. 333

⁹⁶⁴ R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI, *op. cit.* p. 333.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

⁹⁶⁶ L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 112, p. 209.

possible dans l'union polygamique. Ainsi, le mari marocain qui a deux épouses, une résidant en France et l'autre au Maroc, procède à un partage du temps entre les deux. Il vit en France avec la première épouse et au Maroc avec la seconde en effectuant des voyages entre les deux ménages. Cette situation est courante et par conséquent la solution sera injuste envers l'une des épouses puisque les deux peuvent prétendre partager une vie commune avec le mari qui de surcroît, subvient aux besoins de ses deux conjoints.

828. Il existe une autre proposition qui préconise de se placer au moment où les biens sont entrés en communauté. Cette solution est proposée par M. Leveneur qui soutient que « les acquêts faits au cours d'une période de monogamie se partagent par moitié entre les deux époux ; ceux qui auraient été réalisés au cours de la phase de bigamie, se divisant en trois, un tiers revenant respectivement au bigame et à ses deux conjoints »⁹⁶⁷. Cette proposition présente le mérite d'écarter le second conjoint des acquêts constitués antérieurement à son union avec le mari. C'est une solution adaptée au ménage polygamique dans lesquels l'époux maintient la communauté de vie avec les deux conjoints, ce qui est le cas des mariages polygamiques marocains. Mais il ne faut pas oublier les situations où la communauté de vie n'est partagée qu'entre le mari et la seconde épouse.

829. Ainsi, il existe le cas des Marocains résidents en France et ayant une seconde épouse au Maroc avec laquelle ils partagent exclusivement une communauté de vie tout en gardant leur centre d'intérêts financiers en France. Dans cette situation, si les acquisitions ont exclusivement été réalisées après la seconde union, la répartition tripartite viendra gonfler le patrimoine de la première épouse et ce bien que celle-ci soit séparée du mari et qu'elle n'ait pas participé à la constitution du patrimoine communautaire.

830. L'application systématique de l'une ou de l'autre proposition pourrait déboucher sur des partages injustes soit en avantageant la première épouse, soit la deuxième. M. Zaher propose une voix médiane entre les deux solutions, qui est très satisfaisante, essentiellement pour les mariages polygamiques, qu'ils soient

⁹⁶⁷ *Ibid.* n° 180, p. 209.

marocains ou pas. La solution part de la constatation que l'injustice générée par les deux propositions vient d'un seul élément qui est l'existence de la communauté de vie dans le ménage polygamique entre les époux. Ainsi, s'il est à constater que le mari partage une vie commune avec les deux épouses, il sera très juste de leur appliquer le double partage : le premier bipartite des acquisitions antérieures au second mariage, le deuxième tripartite de celles qu'ils lui sont postérieures pour éviter d'écarter injustement le premier conjoint du partage des acquisitions postérieures au second mariage. Dans le cas contraire, c'est-à-dire quand la communauté de vie a cessé entre le mari et la première épouse, il conviendra d'appliquer une liquidation distincte des communautés successives afin d'éviter l'enrichissement de la première épouse qui n'a pas participé aux acquisitions postérieures au second mariage⁹⁶⁸.

831. Cette solution a le mérite de résoudre les difficultés concernant le régime matrimonial des ménages polygamiques qui se retrouvent soumis à un régime communautaire soit par le jeu de la règle de conflit française qui désigne la loi française comme applicable au régime matrimonial du ménage, soit par le choix exprès du mari et de la seconde épouse de soumettre leur régime matrimonial au régime communautaire. En substituant le régime communautaire par un régime séparatiste au nom de l'incompatibilité du régime communautaire aux relations pécuniaires du ménage polygamique, cela reviendra non seulement à déjouer les prévisions des parties mais toute justice envers elles.

832. La compréhension des rapports entre époux marocains n'est pas simple, elle se heurte à une vision différente de la notion de la famille et cela implique non seulement les rapports entre l'époux, son épouse ou ses épouses mais aussi ceux qui se créent avec les enfants

Section II: Les rapports entre les époux et leurs enfants

833. Deux types de rapport se dégagent en ce qui concerne les parents et les enfants. Il y a, en premier lieu, les rapports dans le cadre de la filiation, qu'elle soit légitime ou naturelle (paragraphe I). Puis il y a un autre rapport qui se constitue loin

⁹⁶⁸ K. ZAHER, op. cit., n° 387, pp. 267-268.

de la filiation mais qui peut produire certains de ces effets : c'est le rapport entre le kafil et le makfoul dans le cadre d'une kafala introduite au Maroc mais dont les effets se réalisent en France (paragraphe II).

Paragraphe I: La filiation et les rapports parentaux

834. Avant de traiter la question du sort de la loi marocaine prohibitive du droit d'établir la filiation naturelle, la première question qui s'impose concerne le rôle joué par la convention franco-marocaine en matière de filiation.

835. Parfois, le domaine matériel d'une norme est malaisé à définir. Ainsi, il est indispensable de s'interroger sur l'applicabilité à la filiation de la convention franco-marocaine du 10 août 1981. Si le texte ne comporte aucune règle de conflit spéciale à l'institution, il a été observé que, visant « l'état et la capacité » des personnes physiques pour les soumettre à leurs lois nationales⁹⁶⁹, il devait englober la filiation et exclure les règles de conflit des articles 311-14 et suivants du Code civil⁹⁷⁰. L'opinion contraire a été soutenue en considération de l'intention des négociateurs de limiter l'emprise du traité à des institutions bien identifiées tel le mariage, le divorce, la garde des enfants, le droit de visite et les obligations alimentaires, pour lesquelles il prévoit des règles de droit international privé⁹⁷¹. La jurisprudence a retenu cette seconde interprétation en estimant que la convention franco-marocaine du 10 août 1981 ne concerne pas les actions relatives à la filiation⁹⁷². Ainsi, même s'il s'agit d'une action en recherche judiciaire de paternité intentée par des parties marocaines, soit la mère, soit l'enfant ou concernant un prétendu père marocain, les règles de conflit prévues par l'article 311-14 du Code civil sont compétentes pour décider de la compétence de la loi marocaine.

836. Le juge français peut souvent se trouver face aux lois traitant de la filiation marocaine. Il est évident que le sujet, objet de tous les débats et créant un conflit entre

⁹⁶⁹ Convention franco-marocaine, 10 août 1981, art. 1er

⁹⁷⁰ F. MONEGER, *op. cit.*, *Rev. crit. DIP* 1984, 29 et 267, spéc. 47.

⁹⁷¹ P. DECROUX, *JDI* 1985, *op. cit.*, p. 50 et 71.

⁹⁷² Civ. 1re, 2 oct. 2001, n° 00-10.404, *Bull. civ. I*, no 235 ;famille. 2001. IR 98 - CA Paris, 28 mars 2002, *Juris-Data* no 2002-17-8053.

les systèmes français et marocain, réside dans l'interdiction d'accorder à l'enfant naturel le droit d'établir sa filiation comme l'exige la loi marocaine.

837. Contrairement à la société marocaine qui ne reconnaît aucun droit à l'enfant naturel considéré comme illégitime, la société française permet aux enfants naturels nés de relations hors mariage d'avoir les mêmes droits que ceux nés dans le cadre de l'union matrimoniale. Cette égalité s'exprime en premier lieu par la possibilité d'établir sa filiation grâce à l'abolition de la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle par l'ordonnance n° 2005-752 du 4 juillet 2005 et l'adoption simultanée d'un régime simplifié destiné à ouvrir considérablement la possibilité d'établir la filiation paternelle⁹⁷³.

Cette divergence dans la possibilité de l'établissement de la filiation naturelle laisse croire que l'institution est objet de conflit entre les deux systèmes et que pour le juge français toute loi qui dénie à l'enfant naturel le droit de connaître et de s'affilier à son père est comme contraire à l'ordre public français et par conséquent ne peut être qu'écartée.

838. La solution n'est pas aussi simple, et comme il en est souvent de toutes les règles de droit international privé, l'exception de l'ordre public n'intervient pas systématiquement pour écarter la loi choquante pour l'ordre juridique du for. Pour que cela puisse se réaliser, il y a des conditions d'attaches jugées suffisantes avec le for, à défaut, les lois ne portent plus atteinte aux valeurs du for. Cette considération de l'ordre public, permettra de comprendre ce qu'est l'ordre public de proximité concernant la filiation naturelle (I). C'est après cet exercice qu'il sera possible de traiter des effets de la filiation marocaine devant le juge français (II).

I- L'ordre public de proximité et son intervention face à la loi marocaine déniait la filiation naturelle

⁹⁷³ Ordonnance n° 2005-752 du 4 juillet 2005, J.O. 6 juillet 2005, p. 11159. F. GRANET-LAMBRECHS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006 ; T. GARÉ, « L'ordonnance portant réforme de la filiation », 2006 ; J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Defrenois* 2006, art. 38324.

839. Avant de voir la réaction de la jurisprudence française face à la loi marocaine prohibant l'établissement de la filiation naturelle (B), il sera plus judicieux de comprendre le mécanisme de l'intervention de l'ordre public de proximité dans la matière (A).

A- Le lien avec le for et l'intervention de l'ordre public de proximité

840. La loi étrangère jugée compétente grâce à la règle de conflit, même si elle s'avère choquante envers les valeurs du for n'exige pas systématiquement son éviction par l'intervention de l'ordre public qui reste un processus d'exception. Encore faut-il s'assurer que son application heurterait de façon insupportable l'ordre juridique du for. Cela implique que le rapport de droit en question présente un lien plus au moins étroit avec lui. C'est l'intensité des liens entre la situation et l'ordre juridique du juge saisi qui conditionne le déclenchement de l'exception d'ordre public⁹⁷⁴.

841. Ce lien que la situation tisse avec le territoire du for est d'une importance cruciale pour la mise en œuvre de la réserve de l'ordre public. Il exige une proximité spatiale ce qui témoigne de sa relativité⁹⁷⁵. Cette proximité donne naissance à l'intervention de ce qui est actuellement appelé l'ordre public de proximité, une notion allemande appelée "*Inlandsbeziehung*" « conçue à l'origine par Franz Kahn comme un rattachement subsidiaire conditionnant l'application de certaines règles matérielles du for et corrigeant dans cette mesure l'insuffisance de la règle de conflit positive, et aujourd'hui perçue de façon plus pragmatique comme un ensemble de circonstances, appréciées au cas par cas, qui contribuent à rattacher au territoire du for une situation normalement régie par une loi étrangère, et à révéler ainsi l'atteinte à l'ordre public du for provoquée par l'application de cette loi étrangère »⁹⁷⁶.

⁹⁷⁴ B. AUDIT, *Droit international privé*, Economica, 2006, 4ème éd. p. 262, n° 315; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, de VAREILLES-SOMMIERES, op. cit., p. 351, n° 254-3; P. MAYER et V. HEUZE, op. cit., p. 139, n° 205-1; H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *LGDI*, 1993, t. I, 8ème éd., p. 576, n° 359-2.

⁹⁷⁵ M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisation, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2005, p. 473, n° 500 ; N. JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse, Paris I, 2002, p. 134.

⁹⁷⁶ P. LAGARDE, op. cit., « Nouveaux itinéraires en droit », hommage à François RIGAUX, p. 270.

842. Il est important de comprendre que c'est l'intensité du lien avec le for qui est au cœur même de l'ordre public de proximité (1) et commande de préciser ses contours (2).

1- La notion d'ordre public de proximité

843. L'ordre public de proximité se fonde sur la combinaison de deux éléments essentiels, en premier lieu, le degré d'importance des liens de la cause avec l'ordre juridique du for et en second lieu la gravité de l'atteinte portée par l'application de la loi étrangère aux principes fondamentaux de cet ordre juridique. Ainsi, le juge doit faire varier le déclenchement de l'exception de l'ordre public en fonction de ces deux éléments⁹⁷⁷.

844. Dans le cas de la filiation naturelle, il convient de déterminer les liens nécessaires pour le déclenchement de l'exception de l'ordre public. Il y a évidemment, comme pour tout ce qui concerne le statut personnel, les principaux facteurs de rattachement qui sont la nationalité, censée traduire une attache forte entre la personne et l'Etat dont elle est la ressortissante et représente l'enracinement de l'individu dans son ordre juridique. Ce rattachement comme l'explique Mme Najm, est une expression du principe de proximité⁹⁷⁸. Il en va de même pour le domicile ou la résidence habituelle qui est aussi un élément d'intégration de l'individu dans l'ordre juridique de l'Etat sur lequel se trouve sa résidence. Ainsi, l'ordre public de proximité doit tenir compte de ces deux éléments alternatifs.

C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation qui garde une position assez constante en matière de filiation et de recherche de paternité depuis l'arrêt du 10 février 1993⁹⁷⁹. Dans cette affaire, il s'agissait d'une demande de recherche de paternité naturelle formulée par une mère tunisienne au nom de sa fille, née en France et résidente sur le territoire depuis sa naissance et ayant un certificat de nationalité

⁹⁷⁷ H. BATIFFOL, op. cit., p. 577, n° 352-2

⁹⁷⁸ M. -C. NAJM, op. cit., n° 490, n° 510.

⁹⁷⁹ C. cass., 1ère ch. civ., 10 février 1993, *Rev. crit. DIP.* 1994, note J. FOYER; *Clunet*, 1994, p. 124, 1ère espèce, note I. BARRIÈRE-BROUSSE; *D.* 1994, p. 66, note J. MASSIP; *Deffrénois*, 1993, p. 982, n° 86, observations J. MASSIP, *D.* 1994, Somm. comm., p. 32, observations E. KERKHOVE; *J.C.P.* 1993, I. 3688, n° 10, observations H. FULCHIRON.

française. La règle de conflit, conformément à l'article 311-14 du Code civil, donnait compétence à la loi de la mère et donc à la loi tunisienne qui à l'époque prohibait l'établissement de la filiation naturelle. La Cour de cassation s'est appuyée sur l'ordre public de proximité pour évincer la loi tunisienne en déclarant que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont en principe pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation, l'ordre public s'opposant alors à l'application de la loi étrangère normalement compétente ».

Il ressort de cet arrêt qu'il y a deux éléments, la nationalité de l'enfant ou sa résidence en France, qui constituent des critères qui doivent être pris en considération par le juge français. Il suffit que l'un des deux éléments existe pour déclencher la réserve de l'ordre public. L'ordre public international français ne saurait tolérer l'application d'une loi refusant ce droit fondamental à un enfant français ou résidant en France, même né d'une mère étrangère⁹⁸⁰.

845. Ainsi, l'ordre public de proximité trouve son application lors de l'existence de ces éléments essentiels qui rattachent l'enfant à l'Etat et qui sont considérés comme assez forts pour justifier l'opposition à l'application de la loi étrangère normalement compétente. Cela s'applique nécessairement au cas de l'enfant né d'une mère marocaine soit résidant en France, soit ayant la nationalité française afin de lui permettre d'établir sa filiation naturelle en s'opposant à l'application de la loi marocaine interdisant toute reconnaissance de paternité naturelle. Mais la question de la proximité de la situation avec le for prend un autre tournant dès qu'il s'agit du père et de sa nationalité. Ainsi le cumul constitué à la fois par la nationalité du père et sa résidence en France, ne présente pas, aux yeux de la jurisprudence de la Cour de cassation un lien suffisamment étroit mettant en œuvre le déclenchement de l'ordre public de proximité.

⁹⁸⁰ J. FOYER, note sous C. cass., 1ère ch. civ., 10 février 1993, précité, p. 626.

846. C'est ce que nous enseigne l'arrêt du 10 mai 2006⁹⁸¹ rendu par la Cour de cassation lors d'une affaire de recherche en paternité naturelle introduite par une mère algérienne pour sa fille algérienne vivant toutes les deux en Algérie, contre un prétendu père de nationalité française et résidant en France⁹⁸². La Cour de cassation a censuré la décision de la Cour d'appel qui s'est appuyée sur le principe d'égalité entre enfant légitime et naturel pour écarter la loi algérienne. Ainsi, les hauts magistrats justifient leur décision en énonçant qu'« une loi qui ne permet pas l'établissement d'une filiation naturelle, n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas pour effet de priver un enfant de nationalité française ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation ».

847. M. Zaher revient sur cette décision afin de constater comment la nationalité et le domicile, en tant que liens avec l'ordre juridique du for, peuvent jouer des rôles opposés dans leur prise en considération comme éléments permettant de déclencher l'ordre public de proximité⁹⁸³. Il apporte une explication fondée sur la variation du déclenchement de l'ordre public de proximité qui a comme critère la gravité de l'atteinte portée aux valeurs du for⁹⁸⁴. Plus cette atteinte est forte, moins l'intensité avec l'ordre juridique du for est exigée⁹⁸⁵.

Ainsi, l'interdiction d'établir la filiation naturelle d'un enfant n'est considérée comme une atteinte à l'ordre juridique français que s'il s'agit d'action en recherche de paternité impliquant des enfants français ou résidant habituellement en France. Aussi les lois étrangères qui ignorent ou interdisent la filiation naturelle ont été déclarées selon les cas contraires⁹⁸⁶ ou compatibles⁹⁸⁷ avec la conception française de l'ordre public international⁹⁸⁸. Cette position est d'autant plus surprenante lorsqu'on sait que

⁹⁸¹ C. cass. 1^{ère} ch. civ., 10 mai 2006. II. 10165, note T. AZZI; *D.* 2006, inf. rap., p. 1481, observations I. GALLMAISTER; *D.* 2006, p. 2890, note G. KESSLER et G. SALAME.

⁹⁸² L'arrêt de la Cour de cassation ne précise ni la nationalité du père, ni sa résidence. Les informations sont fournies par M. Zaher qui s'est procuré les pièces du dossier, K. ZAHER, op. cit., n° 196, p. 149.

⁹⁸³ K. ZAHER, op. cit., n° 197, p. 149.

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 150.

⁹⁸⁵ A. BÜCHER, cours précité, pp. 52-53, n° 25 et 26; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8^{ème} éd. p. 577, n° 359-2; N. JOUBET, thèse précité, p. 173; M. -C. NAJM, op. cit., n° 507-508, pp. 473-474.

⁹⁸⁶ C. cass., 1^{ère} ch. civ., 10 février 1993, précité.

⁹⁸⁷ C. cass., 1^{ère} ch. civ., 10 mai 2006, précité.

⁹⁸⁸ K. ZAHER, op. cit., n° 198, p. 150.

certaines juridictions de fond n'avaient pas hésité, il y a bien longtemps, à déclarer les lois étrangères qui déniaient à l'enfant tout droit d'établir sa filiation comme étant fondamentalement contraires à la conception française de l'ordre public international⁹⁸⁹. Ainsi, la solution de la Haute juridiction laisse croire que ce sont les liens de l'enfant et leur intensité, pris isolément, avec l'ordre juridique français, qui déterminent la gravité de l'atteinte à l'ordre public international et amènent à décider si un droit fondamental tel que l'établissement de la filiation naturel peut être considéré comme tel ou non.

848. La critique proposée par M. Zaher est très intéressante dans la mesure où elle concerne non seulement la complexité de l'intervention de l'ordre public de proximité en matière de filiation naturelle mais aussi la perception de son intervention lorsque la situation traite un principe considéré comme fondamental par l'ordre juridique français.

2- La variation de l'ordre public de proximité

849. Tout d'abord, M. Zaher soutient que la nationalité comme critère de *Inlandsbeziehung*, peut déboucher sur des résultats choquants⁹⁹⁰. Ainsi, elle commande le jeu de la règle de conflit, même si le père est résident en France ou a la nationalité française. M. Lagarde remarque qu'« il y l'a un aveuglement à se scandaliser des distinctions fondées sur la nationalité lorsqu'il s'agit de l'ordre public et à les accepter lorsqu'il s'agit de la règle normale du conflit. S'il n'est pas choquant de faire une distinction entre la mère algérienne et la mère française quant à la loi applicable à la recherche du père de leur enfant respectif (article 311-14), pourquoi saurait-il de faire une autre entre l'enfant français et l'enfant algérien (parce que né en Algérie) quant à l'intervention de l'ordre public français? »⁹⁹¹. L'auteur estime que la crainte d'un risque de discrimination en cas d'utilisation du critère de nationalité en matière d'ordre public, ne paraît pas fondée en la matière. Il ajoute que « du moment où il est admis, avec le droit positif français, que le critère de nationalité n'est pas discriminatoire lorsqu'il est utilisé comme rattachement principal du statut

⁹⁸⁹ TGI, Paris, 23 avril 1979, Rev. crit. DIP. 1980, p. 83, note P. LAGARDE.

⁹⁹⁰ K. ZAHER, op. cit, n°202, p. 152.

⁹⁹¹ P. LAGARDE, note sous TGI, Paris, 23 avril 1979, précité.

personnel, il n'y a pas de raison de le considérer comme tel lorsqu'il intervient comme rattachement subsidiaire, pour le fonctionnement de l'ordre public »⁹⁹².

850. M. Zaher explique le rôle de la nationalité dans la différenciation de traitement entre l'enfant français et l'enfant étranger. Il faut se rappeler que la règle de conflit instaurée par l'article 311-14 est une réglée bilatérale, donc abstraite, multilatérale et neutre⁹⁹³. Elle est abstraite dans le sens qu'elle se contente de désigner la loi applicable sans se préoccuper de son contenu alors que l'ordre public n'intervient qu'après l'examen concret du contenu de la loi étrangère désignée. La règle est neutre parce qu'indifférente à la teneur du droit désigné et par là même, à la solution de fond alors que le jeu de l'ordre public est justement conditionné par le résultat auxquels pourrait conduire l'application des dispositions matérielles de la loi étrangère à laquelle il n'est pas indifférent. Enfin, la règle de conflit est multilatérale, elle peut invariablement désigner aussi bien la loi étrangère que la loi du for, alors que l'ordre public de proximité joue variablement selon que l'enfant est de nationalité française ou pas, cet élément explique clairement la différence de traitement en fonction de la nationalité de l'enfant⁹⁹⁴.

851. Cette différence se justifie selon M. Lagarde⁹⁹⁵ par le fait « que l'ordre public français est plus affecté par l'impossibilité pour un enfant français de rechercher son père français que par l'impossibilité de l'enfant algérien de chercher son père algérien ». Alors qu'en réalité l'état actuel de la jurisprudence française permet à un enfant naturel étranger résidant en France, née de mère étrangère non résidente en France, d'établir sa filiation à l'égard d'un prétendu père étranger résidant en France tout en refusant à un enfant naturel étranger (qui peut devenir français si sa filiation avec le prétendu père français est établie) non résident en France, née de mère étrangère résidente en France, d'établir ce même droit vis-à-vis d'un prétendu père français et résident en France⁹⁹⁶. Ainsi, il est évident que c'est le critère de la

⁹⁹² Cette argumentation a été reprise par S. BOSTANJI, *L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel*, thèse Dijon 2000, p. 522.

⁹⁹³ Y. LOUSSOUARN, « La règle de conflit est-elle une règle neutre? », *Trav. Com. Fr. DIP.* 1980-1981, p. 43, spéc. p. 44; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. GEOUFFRE de LA PRADELLE, *op. cit.*, n° 105, pp. 82-83.

⁹⁹⁴ K. ZAHER, *op. cit.*, n°203, p. 153.

⁹⁹⁵ P. LAGARDE, note sous TGI. Paris, 23 avril 1979, précité, p. 90.

⁹⁹⁶ K. ZAHER, *op. cit.*, n°204, p. 153.

résidence en France qui exprime en premier lieu l'attache la plus forte avec l'ordre juridique français comparé aux deux critères conjugués que sont la nationalité française du prétendu père ainsi que sa résidence en France.

852. La critique formulée par M. Zaher paraît pertinente dans le sens qu'il paraît évident que la relation entre l'enfant naturel avec le prétendu père de nationalité française et résident en France donne naissance à un lien fort entre l'enfant et l'ordre juridique français puisqu'après l'établissement de cette filiation, l'enfant peut prétendre à la nationalité de son père et avoir des liens aussi forts avec la France qu'un enfant français et donc peut être plus attaché à l'ordre juridique en question qu'un enfant étranger résident en France mais né de deux parents étrangers. Sa critique est d'autant plus importante qu'elle concerne non seulement la variation de l'intervention de l'ordre public de proximité selon les critères de rattachement, nationalité et domicile, mais aussi en fonction de l'importance des valeurs mises en cause.

853. La question soulevée par M. Zaher concerne la qualification du droit de l'établissement de la filiation naturelle en tant que droit fondamental. Il est clair que les liens de la situation avec le for justifient l'intervention de l'ordre public afin d'évincer une loi étrangère bafouant un droit considéré comme fondamental, sauf que prendre en compte le critère de la résidence habituelle pour ce déclenchement afin de lever la notion de l'ordre public de tout nationalisme⁹⁹⁷ n'est pas fondé. Et pour cause, la résidence, comme critère de déclenchement de l'ordre public, encourt les mêmes reproches que la nationalité⁹⁹⁸. Reste que le résultat est choquant à chaque fois que les juges refusent de déclencher l'exception de l'ordre public lorsque l'enfant naturel ne réside pas en France et se trouve dans l'impossibilité d'établir sa filiation naturelle avec le prétendu père résident en France et ayant la nationalité française. Cela ne peut avoir qu'une explication, c'est que les tribunaux français considèrent que l'interdiction de rechercher judiciairement son père naturel ne constitue pas un droit fondamental de sorte que l'intensité des liens avec l'ordre juridique français est moins exigée⁹⁹⁹.

⁹⁹⁷ M. -C. NAJM, op. cit., n° 510, p. 490.

⁹⁹⁸ K. ZAHER, op. cit., n° 205, p. 154.

⁹⁹⁹ K. ZAHER, op. cit., n° 205, p. 154.

L'auteur revient sur la teneur de la gravité de l'atteinte portée aux principes considérés comme fondamentaux par le for. Le déclenchement de l'ordre public ne se justifie que lorsque la loi étrangère désignée par la règle de conflit et normalement compétente est contraire aux valeurs considérés comme fondamentales par l'ordre juridique du for¹⁰⁰⁰. Il reste que la gravité de l'atteinte à ces valeurs joue un rôle déterminant pour l'intervention de cet ordre public, il s'agit du principe de proportionnalité¹⁰⁰¹. Soutenir « que l'ordre public de proximité est conditionné par le principe de proportionnalité reviendrait à dire que c'est l'intensité des liens de la situation avec le for qui hisse les valeurs en cause au rang de principes fondamentaux dont la protection exige le déclenchement de l'ordre public »¹⁰⁰². Partant, l'ordre public ne jouerait plus le rôle du mécanisme d'éviction de la règle étrangère choquante mais tiendra plutôt lieu de rattachement subsidiaire lorsque la règle de conflit ne permet pas l'application des lois protectrices de personnes censées avoir un lien avec le for¹⁰⁰³. Ajoutons à cela, l'observation pertinente que les juges ont une très grande marge d'appréciation de l'intensité des liens avec l'ordre juridique du for¹⁰⁰⁴, ainsi « la tentation serait grande de tirer le constat résigné que sont fondamentaux, et considérables les heurts que les juges estiment considérables »¹⁰⁰⁵.

854. Il est nécessaire afin de mieux comprendre l'intervention de l'exception d'ordre public en la matière d'exposer les solutions jurisprudentielles.

B- La jurisprudence française face au droit marocain de la filiation

855. En matière de filiation, les juridictions françaises ont suivi le chemin de l'application de l'ordre public de proximité. Ainsi, la loi marocaine, malgré le fait

¹⁰⁰⁰ P. BOUREL, note sous C. cass., 1ère ch. civ., 30 mai 1967, p. 732.

¹⁰⁰¹ N. JOUBERT, thèse précitée, n° 202, p. 174. L'auteur propose des solutions du droit comparé, notamment allemand et suisse.

¹⁰⁰² K. ZAHER, op. cit., n° 206, p. 155.

¹⁰⁰³ K. ZAHER, ibid. p. 156. Dans le même sens, v. Y. LEQUETTE, note sous Paris, 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP.* 1995, p. 308, spéc. 315; aussi F. FOYER, « Droits internationaux de l'homme et l'ordre public international », in *Mélanges Raymond Goy*, Publication de L'université de Rouan, 1998, p. 333, spéc. P. 345.

¹⁰⁰⁴ K. ZAHER, ibid, n° 211 et s. p. 158.

¹⁰⁰⁵ D. BODEN, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, vol. II. p. 714.

qu'elle prohibe l'établissement de la filiation légitime, est compétente si la situation ne présente pas de liens suffisants avec l'ordre juridique français et ce malgré le fait qu'elle soit choquante et contraire au principe fondamental qui donne le droit aux enfants illégitimes d'établir leur filiation. Mais pour mieux apprécier cette prise de décision (3), il faut d'abord voir la position du tribunal de grande instance de Paris (1) et celle de la Cour de cassation (2) afin de tenter de proposer des solutions plus justes (4).

1- La jurisprudence inconstante du tribunal de grande instance de Paris

856. Le tribunal de grande instance de Paris a rendu plusieurs arrêts en matière de droit à la filiation naturelle qui peuvent être caractérisés par leur inconstance. Dans l'arrêt du 23 avril 1979¹⁰⁰⁶, le tribunal évoque pour la première fois la théorie de *'Inlandsbeziehung'*¹⁰⁰⁷ dans une affaire d'action en recherche de paternité introduite par une mère algérienne au nom de sa fille française résidante en France contre un prétendu père français résidant en France. La loi algérienne, comme le prévoit l'article 311-14 du Code civil, était compétente en tant que loi nationale de la mère au jour de la naissance de l'enfant. La question était de savoir si la loi algérienne qui ignorait la filiation naturelle était contraire à l'ordre public. La décision du tribunal est limpide. Les juges constatent d'abord que « l'on ne peut s'empêcher d'observer, qu'ainsi, à la faveur de la loi personnelle de la mère demanderesse, le défendeur, citoyen français, domicilié en France, serait en droit d'interdire à un enfant lui-même Français et résidant en France, de faire reconnaître sa filiation par une juridiction française ». Ils affirment ensuite dans un motif général qu'il « convient d'examiner si, en toute hypothèse, la loi algérienne n'est pas, en ce qu'elle interdit absolument tout mode d'établissement d'une filiation naturelle, intrinsèquement contraire à l'ordre public français ». La juridiction s'appuie sur la loi du 3 janvier 1972 qui reflète la volonté du législateur de rapprocher les filiations légitimes et naturelles. Le tribunal tire la conséquence selon laquelle « une disposition légale étrangère déniait à un enfant, au motif qu'il est né hors mariage, tout droit à établir sa filiation, est

¹⁰⁰⁶ TGI. Paris, 23 avril 1979, précité.

¹⁰⁰⁷ J. FOYER, « Filiation », *Rép. D. dr. inter.*, n° 305; N. JOUBERT, thèse précitée, n° 252, p. 219.

fondamentalement opposée à la conception française moderne des droits de l'enfant et, comme telle, heurte l'ordre public français ».

857. Cette décision a fait objet de plusieurs lectures. Une qui porte un intérêt particulier entre l'intensité des liens entre la situation et l'ordre juridique français pour le déclenchement de l'ordre public et une autre qui soutient que la loi algérienne est choquante et devra être évincée par le mécanisme de l'ordre public sans l'exigence de cette intensité. Ainsi, selon une doctrine autorisée, les deux passages traitant des liens qu'a l'enfant avec le for et celui de l'incompatibilité de la loi algérienne avec l'ordre public, ne saurait être dissociés. C'est « parce que l'enfant et le père prétendu sont français et résidents en France qu'il est jugé qu'une loi étrangère privant l'enfant du droit d'établir sa filiation est contraire à l'ordre public »¹⁰⁰⁸. Une autre lecture s'apparente à cette dernière et soutient que la loi étrangère interdisant l'action en recherche de paternité naturelle n'est contraire à l'ordre public que « si le litige en cause présente des liens suffisants avec l'ordre juridique du for. Cette loi étrangère n'est pas en soi contraire à l'ordre public mais le devient seulement s'il existe des liens suffisants entre le litige et le for »¹⁰⁰⁹.

858. La lecture de M. Zaher ne soutient guère ces arguments. Il précise qu'« à aucun moment le tribunal ne laisse entendre que les liens avec le for ont eu une quelconque influence sur le déclenchement de la réserve de l'ordre public »¹⁰¹⁰. Il souligne que la juridiction parisienne s'est bien demandé s'il ne convient pas, *en toute hypothèse*, de rejeter la loi algérienne, en ce qu'elle interdit l'établissement de la filiation naturelle, parce que *intrinsèquement* contraire à l'ordre public français pour conclure que ladite loi est *fondamentalement opposée* aux conceptions françaises des droits de l'enfant. Ainsi, le motif général du jugement n'a pas subordonné le jeu de la réserve d'ordre public à la réalisation de critères spatiaux tels que la nationalité ou la résidence habituelle, ajoutant que la décision n'a guère établi une hiérarchie entre les heurts à l'ordre public en fonction de l'intensité des liens avec l'ordre juridique français¹⁰¹¹.

¹⁰⁰⁸ P. LAGARDE, note sous TGI. Paris, 23 avril 1979, précité, p. 87;

¹⁰⁰⁹ N. JOUBERT, thèse précitée, n° 253, p. 220.

¹⁰¹⁰ K. ZAHER, op. cit., n° 212, p. 159.

¹⁰¹¹ K. ZAHER, op. cit., n° 212, p. 159, voir aussi la note n° 585.

La proposition de M. Zaher est sans doute pertinente. Il reste que la jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris a confirmé les deux premières lectures. Ainsi, dans un jugement du 3 juin 1980¹⁰¹², le Tribunal a refusé de déclencher l'exception d'ordre public à l'encontre de la loi sénégalaise dans une affaire relative à la recherche de paternité naturelle intentée par un enfant franco-sénégalais résidant au Sénégal depuis le décès sa mère, à l'encontre d'un prétendu père français résidant en France. Dans cette affaire, la loi sénégalaise compétente en vertu de la règle de conflit française est aussi une loi qui interdit à l'enfant naturel le droit à l'établissement de sa filiation. L'argument consistant dans le fait que la loi sénégalaise est ainsi contraire à l'ordre public français n'a pas été pris en considération par le tribunal qui a énoncé « que l'exception de l'ordre public par laquelle pourrait être paralysée la règle de conflit ne doit pas être envisagée *in abstracto*, que c'est en considération des données concrètes de l'espèce et des circonstances dans lesquelles seraient, en fait, appliquée la loi étrangère que doivent être appréciées les exigences de l'ordre public; que peu de temps, après le décès de sa mère, la petite Tinéhinan a été amenée à Dakar, qu'elle y est élevée auprès de sa grand-mère maternelle et tutrice, qui est sénégalaise, et sous les auspices d'un conseil de famille composé des parents ou alliés de sa mère, tous Sénégalais résidant à Dakar; qu'ainsi il apparaît bien que l'enfant est appelé à vivre et à s'intégrer dans le pays et le milieu culturel dont sa mère était originaire; que dans ces conditions l'on ne saurait considéré que l'ordre juridique français serait heurté par l'application de la loi personnelle de la mère ».

859. La différence entre les deux jugements, celui du 23 avril 1979 et celui-ci, réside essentiellement dans la mention de l'enracinement de la situation dans le pays étranger. Le tribunal a ainsi fondé sa décision en soulignant explicitement les liens d'attache que l'enfant noue avec le Sénégal que sont la nationalité sénégalaise, la nationalité sénégalaise de la grand-mère, la nationalité sénégalaise des membres composant le conseil de famille et essentiellement la résidence de l'enfant au Sénégal. Cela laisse entendre que contrairement à la décision du 23 avril 1979, l'intensité des

¹⁰¹² TGI. Paris, 3 juin 1982, décision citée par G. SUTTON, « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande instance de Paris », *Trav. Com. Fra. DIP.* 1982-1984, p. 199.

liens que la situation présentait n'a pas été déterminante pour le for¹⁰¹³ afin de déclencher le mécanisme de l'exception de l'ordre public. Certains affirment que « la solution retenue est bien la même que celle du jugement de 1979, la loi étrangère qui prohibe le droit à l'établissement de la filiation est bien contraire à l'ordre public s'il existe des liens suffisants entre le litige et le for »¹⁰¹⁴. Or, le juge ayant rendu les deux décisions a reconnu, lui-même, après avoir mentionné la décision de 1979, que les juges du tribunal de grande instance de Paris ont voulu par la décision de 1982 marquer « des limites à une conception très extensive de l'exception de l'ordre public [allusion faite au jugement de 1979] qui risquerait de conduire à l'exclusion de toute loi plus restrictive que la loi française »¹⁰¹⁵.

860. M. Zaher revient sur un point très important qui concerne le silence du tribunal sur les liens qu'entretient le litige avec l'ordre juridique français. Ainsi, il soulève que si le tribunal a pris en considération la nationalité française de l'enfant et celle du prétendu père et leur résidence en France lors de l'arrêt de 1979, il a passé sous silence ces mêmes liens, c'est-à-dire la nationalité de l'enfant et du prétendu père qui réside en France et que la seule différence entre les deux cas est que l'enfant sénégalais, contrairement à l'enfant algérien, réside au Sénégal et non en France. Ainsi est-il possible de considérer que c'est le critère de la résidence actuelle de l'enfant en France qui est l'élément le plus déterminant dans le déclenchement de l'ordre public de proximité? Cela peut paraître absurde dans le sens que cela reviendrait à augurer de sa résidence définitive à l'étranger, alors que l'enfant qui ne l'oublions pas, a la nationalité française, pourrait revenir vivre en France¹⁰¹⁶. Le critère de résidence de l'enfant ne peut être considéré comme l'élément essentiel pour le déclenchement de l'ordre public de proximité car le même tribunal a décidé lors d'un autre jugement datant du 9 février 1982¹⁰¹⁷ qui concernait une affaire de recherche de paternité introduite par un enfant algérien d'une mère algérienne résidant en France contre un prétendu père algérien résident aussi en France, que les éléments de rattachement avec le for, en l'occurrence la résidence en France de toutes

¹⁰¹³ N. JOUBERT, thèse précitée, n° 253, p. 220.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*

¹⁰¹⁵ G. SUTTON, communication précitée, p. 198.

¹⁰¹⁶ J. FOYER, article précité, n° 308.

¹⁰¹⁷ TGI. Paris, 9 février 1982, décision citée par G. SUTTON, communication précité, p. 198.

les parties du litige, étaient « trop ténus pour justifier l'éviction de la loi étrangère » et par conséquent déclencher le mécanisme de l'exception de l'ordre public.

861. Il est vrai, que les réponses fournies par le tribunal dans ces affaires restent déroutantes et prêtent à confusion. Si la résidence de l'enfant à l'étranger pendant l'instance a semblé au tribunal comme un lien d'attache plus fort que les trois autres critères combinés, c'est-à-dire la nationalité de l'enfant, celle de son prétendu père ainsi que la résidence de ce dernier en France, pourquoi ce même lien d'attache, même combiné avec la résidence en France de la mère et du prétendu père a-t-il été jugé comme « très ténu pour justifier l'éviction de la loi algérienne » dans le jugement du 9 février 1982 ?¹⁰¹⁸ Est-ce que le tribunal a estimé que le critère de la résidence de l'enfant est un indice additif pour compléter l'analyse que peuvent avoir les juges sur l'intensité des liens qu'a le conflit avec le for ?

862. La réponse à ces questions se complique puisque dans une autre affaire, le tribunal de grande instance de Paris a répondu à une espèce identique à celle de l'affaire du 9 février 1982, par un jugement qui va dans le sens inverse. Il s'agit d'une affaire dans laquelle toutes les parties sont de nationalité marocaine mais ayant toutes leur résidence en France. Le tribunal a estimé que la loi marocaine compétente mais prohibant le droit à l'enfant naturel d'établir sa filiation est « fondamentalement contraire à la conception moderne des droits de l'enfant et heurte l'ordre public international »¹⁰¹⁹. Il est à constater que les mêmes liens considérés comme trop ténus pour déclencher l'ordre public, sont devenus l'expression d'un enracinement incontestable dans l'ordre juridique du for¹⁰²⁰.

863. L'explication de ce revirement se traduit dans le fait que le Tribunal de Paris a suivi la Cour de cassation qui a rendu, avant ce jugement, l'arrêt du 10 février 1993 où elle a décidé que l'ordre public français s'opposait à l'application d'une loi étrangère qui interdit l'établissement de la filiation naturelle à un enfant français ou résident en France. Ainsi l'ordre public est incontestablement en évolution avec le

¹⁰¹⁸ K. ZAHER, op. cit., n° 215, p. 161.

¹⁰¹⁹ TGI. Paris, 5 avril 1994, *D.* 1995, Somm. comm, p. 118, observation F. GRANETS-LALBRECHTS.

¹⁰²⁰ K. ZAHER, op. cit., n°216, pp. 161-162.

droit interne mais l'appréciation de l'intensité des liens entre le litige et l'ordre juridique du for donne une marge de manœuvre aux juges qui se traduit par des décisions tombant dans la contradiction. Cette situation ne peut que nuire à la prévisibilité, et cause l'affaiblissement de la règle de droit comme le remarque à juste titre M. Libchaber qui déclare qu'« avec l'affaiblissement de la règle, c'est la notion de jurisprudence - entendu comme norme de comportement judiciaire, déduite de décision - qui est en crise : la diversité des jugements nous laisse en présence d'une collection de manifestation d'équité qui procède de standards si vagues qu'ils découragent la prévision, et apporte au jugement le même type d'affaiblissement que le droit flou à la règle »¹⁰²¹.

864. Les exemples donnés par le tribunal de Paris dans cette matière traduisent en effet l'entrave à la prévisibilité causée par la diversité des décisions rendues. Certes, il est possible de soutenir que c'est l'étude du cas par cas afin de mettre en œuvre *in concreto* l'exception de l'ordre public¹⁰²² qui explique cette diversité, ainsi que l'évolution de l'ordre public qui traduit les valeurs d'un ordre juridique dans un temps et selon sa conception actuelle du droit. Reste que la perception de l'intensité des liens avec l'ordre juridique, en tant que facteur conditionnant le déclenchement de l'ordre public, n'a pas permis au juges parisiens de gagner en prévisibilité et laisse derrière elle beaucoup d'incertitude. Voyons ce qu'il en est des interventions de la Cour de cassation quand à la dissipation de ces incertitudes.

2- La jurisprudence de la Cour de cassation entre libéralisme et éviction

865. La haute juridiction a traité la question de la filiation naturelle en imposant des solutions différentes qui varient entre une attitude libérale envers les lois étrangères restrictives pour décider leurs évictions au nom de l'ordre public de proximité, tout en apportant des limites à cette éviction.

a- L'arrêt du 3 novembre 1988: Une attitude libérale

¹⁰²¹ R. LIBCHABER, « Réflexion sur le "désordre juridique français" », in *Une certaine idée du droit*, mélange offert à André Decocq, Litec 2004, p. 405, spéc. p. 407.

¹⁰²² N. JOUBERT, thèse précitée, n° 252, p. 219.

866. L'entrée en vigueur de la loi de 1972 était considérée par la majorité des commentateurs comme un signe incontestable du changement d'attitude de l'ordre public vis-à-vis des lois étrangères interdisant le droit à la filiation naturelle qui sont forcément plus restrictives que la loi française qui prône une égalité entre les enfants légitimes et naturels¹⁰²³. Ainsi, c'est l'intérêt de l'enfant qui dictera, selon ces auteurs, une attitude moins tolérante à l'égard des lois qui ignorent l'établissement de la filiation naturelle¹⁰²⁴. Ces arguments ont emporté la conviction du tribunal de grande instance de Paris¹⁰²⁵ mais ce n'était pas le cas de la Haute juridiction, dans un premier temps. Elle s'est montrée très libérale à l'égard des lois étrangères restrictives¹⁰²⁶.

867. Ainsi, lors d'un arrêt rendu le 3 novembre 1988, la Cour ayant eu à connaître d'une action en recherche de paternité naturelle intentée par une mère algérienne au moment de la naissance de l'enfant et française en cours d'instance, résidant en France contre un prétendu père vraisemblablement français¹⁰²⁷, elle a décidé que « les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à un enfant les subsides qui lui soit nécessaire »¹⁰²⁸. La Cour, lors de cette affaire, n'a nullement pris en considération les attaches que tisse le litige avec l'ordre juridique du for, sachant que le jour où la décision était rendue par la Cour d'appel, toutes les parties du litige étaient de nationalité française et résidaient en France, donc il ne pouvait y avoir de doute sur l'enracinement du litige dans l'ordre juridique français. Ce qui explique la mise en œuvre de l'article 311-14 du Code civil est la nationalité de la mère algérienne le jour de la naissance de l'enfant naturel et qui n'est

¹⁰²³ M. SIMON-DEPITRE et J. FOYER, « La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé », *JCP*. 1973. I. 2566, n° 225 et suiv., étude parue aussi sous le titre *Le nouveau droit international privé de la filiation*, (L. 3 janvier 1972), éditions techniques; A. PONSARD, « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », *Clunet* 1972, p. 776; À. HUET, « Les conflits de lois en matière de filiation en droit international privé français, allemand et suisse », *Travaux de l'institut de droit comparé de la faculté de Strasbourg*, LGDJ, 1973, p. 58 et suiv.

¹⁰²⁴ J. FOYER, article précité, n° 295.

¹⁰²⁵ TGI. Paris, 23 avril 1979, précité.

¹⁰²⁶ J. FOYER, article précité, n° 303.

¹⁰²⁷ La détermination de la nationalité française du père n'a pas été mentionnée dans l'arrêt, c'est M. Lequette qui en conclut la nationalité française du père en s'appuyant sur une interprétation in contrario de l'arrêt du 11 octobre 1988 « rendu dans des circonstances très voisines [où] la nationalité du prétendu père défendeur à l'action est expressément mentionné ». Note sous C. cass., 1ère ch. civ., 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP*. 1989, p. 75.

¹⁰²⁸ C. cass., 1ère ch. civ., 3 novembre 1988, *Rev. crit. DIP*. 1989, p. 495, note J. FOYER; *Clunet* 1989, p. 703, note F. MONEGER; *Defrénois* 1989, 306, observations. J. MASSIP.

devenue française qu'au cours de l'instance. Malgré l'intensité des liens avec la France, la Cour a décidé d'appliquer la loi algérienne qui prohibe tout droit d'établissement de filiation naturelle. M. Lequette remarque même que lors de cette affaire, la Cour de cassation a soumis à une loi étrangère un litige devenu strictement français en cours d'instance¹⁰²⁹.

868. Cet arrêt prête à plusieurs observations. La première a trait à la formule de l'arrêt qui laisse entendre que les juges ont accordé à l'enfant des subsides sur le fondement de la loi algérienne et que c'est pour cela que cette dernière a été déclarée compatible avec l'ordre public¹⁰³⁰. Cela porte à croire que la loi algérienne, si elle interdit à l'enfant naturel le droit d'établir sa filiation, elle lui permet d'obtenir des aliments. Or, la loi algérienne et c'est le cas aussi pour la loi marocaine, n'ouvre aucun droit à l'enfant vis-à-vis de son prétendu père, ni celui de rechercher la paternité, ni celui d'obtenir des aliments¹⁰³¹. C'est donc sur le fondement de la loi française que les aliments sont accordés¹⁰³². Ainsi, le seuil de tolérance fixé par la Cour de cassation, exigeant seulement des subsides, peut laisser penser que l'ordre public international n'aura à intervenir que si cette loi étrangère désignée par l'article 311-14 du Code civil refuse d'allouer des aliments. Cette question ne doit plus se poser depuis l'entrée en vigueur le 5 octobre 1977 de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires qui prévoit des rattachements hiérarchisés à travers l'article 4, 5 et 6. En donnant compétence à la loi interne de la résidence habituelle de l'enfant créancier¹⁰³³, si cette loi ne lui permet pas d'obtenir les aliments, ce sera la loi nationale commune des parties¹⁰³⁴, et si ces deux rattachements ne lui ouvrent pas le droit aux aliments, il peut se prévaloir de la loi de l'autorité saisie¹⁰³⁵. En d'autres termes, la Convention de 1973 donne compétence à la loi française à travers son article 6 dans le cas où les rattachements prévus dans les articles 4 et 5 ne permettent pas à l'enfant d'obtenir des aliments. Ainsi l'argument de la Cour qui consiste à ce que « les lois étrangères qui prohibent

¹⁰²⁹ Y. LEQUETTE, note sous C. cass., 1ère ch. civ., 6 juillet 1988, précitée, p. 75.

¹⁰³⁰ F. MONEGER, note sous C. cass., 1ère ch. civ., 6 juillet 1988, précitée, p. 706; J. FOYER, C. cass., 1ère ch. civ., 6 juillet 1988, précitée, p. 498.

¹⁰³¹ Voir *supra* p. 451 et s.

¹⁰³² K. ZAHER, *op. cit.*, n° 220, p. 164.

¹⁰³³ Article 4 de la Convention de la Haye du 2 octobre 1973 relative aux obligations alimentaires

¹⁰³⁴ Article 5.

¹⁰³⁵ Article 6.

l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraire à la conception française de l'ordre public international dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires » est dénué de tout sens¹⁰³⁶. La conséquence est que dans tous les cas, l'ordre public n'a pas à intervenir puisque les lois désignées par les articles 4 et 5 permettent à l'enfant d'obtenir des aliments et que dans le cas contraire, la loi française est applicable en vertu de l'article 6 de la convention de la Haye de 1973.

869. La décision prise par la Cour de cassation prête à confusion et produit une interprétation qui peut aller à l'encontre du résultat voulu par la Haute juridiction. C'est ce qui ressort de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 13 octobre 1989¹⁰³⁷. Dans cette affaire de recherche de paternité intentée par une mère tunisienne contre un prétendu père dont la nationalité ne figure pas dans l'arrêt, la cour constate que la loi tunisienne ne permet à l'enfant ni d'établir sa filiation ni d'obtenir des aliments. La cour d'appel décide que « la conception française de l'ordre public international - dont l'exigence est d'assurer à l'enfant naturel les subsides qui lui sont nécessaires - s'oppose dès lors à l'application en France de la loi tunisienne normalement compétente et il convient, en conséquence, de statuer selon la loi française ». S'il « n'est pas sûr que la cour d'appel de Paris ait exactement interprété la volonté de la Cour de cassation »¹⁰³⁸, il est en revanche certain « qu'elle a procédé à une interprétation littérale de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 1988 laissant entendre que la Haute juridiction fixait le seuil de la tolérance de l'ordre public international à l'obtention d'aliments »¹⁰³⁹. Comme la loi tunisienne ne répondait pas aux exigences posées par la Cour de cassation, la cour d'appel a donc, conformément à cette jurisprudence, écarté la loi tunisienne. Par ce fait, la position de la Cour de cassation reste paradoxale. La formulation utilisée par la Haute juridiction conduit les juges du fond qui souhaitent s'aligner sur sa jurisprudence, à rendre des décisions inverses de celles souhaitées par la Cour de cassation.

¹⁰³⁶ K. ZAHER, *op. cit.*, n° 221, p. 165; v. aussi J. FOYER, article précité, n° 303

¹⁰³⁷ C. A. Paris, 13 octobre 1989, D. 1989, inf. rap., p. 284; Rev. crit. DIP., 1990, table des sommaires, p. 789.

¹⁰³⁸ J. FOYER, article précité, n° 303. Il soutient également qu'il n'est guère nécessaire de recourir à l'exception de l'ordre public pour écarter la loi tunisienne puisque la loi française est compétente en vertu des dispositions de la Convention de la Haye de 1973 puisque l'enfant a sa résidence habituelle en France et que par conséquent l'en trio d'aliment posé par l'arrêt de la Cour de cassation du 3 novembre 1988 était remplie en application de la loi française.

¹⁰³⁹ K. ZAHER, *op. cit.*, n° 223, p. 166.

870. Ce qui est encore plus paradoxal, c'est que quelques jours avant l'arrêt du 3 novembre 1988, la Cour de cassation avait rendu le célèbre arrêt *Rebouh*¹⁰⁴⁰. Dans cet arrêt, la Haute juridiction pose le caractère obligatoire de la règle de conflit en reprochant aux juges du fond d'avoir statué « sans chercher d'office, quelle suite devait être donnée à l'action en application de la loi algérienne, loi personnelle de la mère ». L'enfant naturel se trouvait forcément soumis à l'application de l'article 311-14 du Code civil et par conséquent à la loi algérienne de la mère. Seule l'intervention de l'ordre public pouvait permettre d'y échapper sauf que quelques jours après, cette même Cour déclare les lois prohibant l'établissement de la filiation naturelle comme conformes à l'ordre public français. M. Foyer écrivait au lendemain de l'arrêt du 3 novembre 1988 que « le piège est désormais fermé » tout en appelant à un revirement de cette jurisprudence aux résultats conséquents¹⁰⁴¹.

871. Cinq ans après cette jurisprudence, la Cour de cassation a changé de cap vers une application plus restrictive de l'ordre public envers les lois interdisant l'établissement de la filiation naturelle.

b- Les arrêts du 10 février 1993 et du 10 mai 2006 : l'intervention de l'ordre public de proximité entre acceptation et rejet

872. Grâce à l'arrêt du 10 février 1993, la Haute juridiction prend une position vis-à-vis des lois restrictives en matière de filiation naturelle en décidant que « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont en principe pas contraire à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant en France du droit d'établir sa filiation, l'ordre public s'opposant alors à l'application de la loi étrangère normalement compétente ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation a

¹⁰⁴⁰ C. cass. 1ère ch. civ., 11 octobre 1988, Y. LEQUETTE et la chronique, « L'abandon de la jurisprudence Bisbal » (à propos des arrêts de la première chambre civile du 11 et 18 octobre 1988), *Rev. crit. DIP.* 1989, p. 277; D. BUREAU et la chronique, « L'application d'office de la loi étrangère, Essai de synthèse », *Clunet* 1990, p. 317; *Clunet* 1989, p. 349, note D. ALEXENDRE; *Defrénois* 1989. 310, observations J. MASSIP; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts DIP.*, 5ème éd., Dalloz 2006, n° 47, p. 669.

¹⁰⁴¹ J. FOYER, note sous C. cass. 1ère ch. civ., 3 novembre 1988, article précité, p. 500. voir N. AÏT ZAI, « L'abandon de l'enfant et la loi », Communication au colloque organisé à Grenoble les 13 et 14 janvier 1989 sur *la justice française et les étrangers*.

repris l'attendu de l'arrêt du 3 novembre 1988, la différence entre les deux est que le dernier est assorti de deux conditions relatives, l'une à la nationalité, l'autre à la résidence. Ce n'est donc que si l'enfant est français ou résidant en France que la loi étrangère applicable devient choquante et par conséquent, justifie l'intervention de l'ordre public.

873. La Cour s'appuie ainsi sur l'ordre public de proximité pour évincer la loi tunisienne prohibant les recours en recherche de paternité. Cet ordre public est qualifié d'ordre public de proximité *sélectif* par M. Zaher, et pour cause il entend que cet « ordre public ne se déclenche pas pour écarter l'application d'une loi étrangère qui ignore la recherche judiciaire de paternité naturelle par cela seul qu'elle est incompatible avec les principes du for, mais [...] procède par une sélection des personnes en faveur desquelles il peut intervenir »¹⁰⁴². Si l'ordre public de proximité exprime le « rattachement d'un litige aux tribunaux d'un Etat avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit »¹⁰⁴³, il doit intervenir chaque fois qu'existent des attaches avec l'ordre juridique du for. Mais est-ce que cela s'applique réellement en matière de recherche judiciaire de paternité?

874. La réponse paraît compliquée et tend vers le négatif. C'est ce qu'il est possible de comprendre dans l'interprétation d'un autre arrêt de la Cour suprême rendu le 10 mai 2006¹⁰⁴⁴ qui affirme qu'une « loi étrangère qui ne permet pas l'établissement de la filiation naturelle n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international, dès lors qu'elle n'a pas comme effets de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation ». C'est ainsi que la Cour de cassation montre une tolérance peu compréhensible envers la loi algérienne et rompt aussi avec la référence faite aux subsides comme seuil minimum en-deçà duquel l'ordre public international devrait intervenir comme prévu lors de l'arrêt du 3 novembre 1988. Si cette référence était absente dans l'arrêt du 10 février 1993 cela ne voulait certainement pas dire qu'elle avait disparu mais que sa mention était inutile

¹⁰⁴² K. ZAHER, op. cit., n° 225, p. 167.

¹⁰⁴³ P. LAGARDE, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *R.C.A.D.I.*, 1986-I, vol. 196 pp. 25-26.

¹⁰⁴⁴ C. cass. 1ère ch. civ, 10 mai 2006, arrêt précité. Concernant une demande de recherche judiciaire de paternité intentée par une mère algérienne au nom de sa fille algérienne résidant en Algérie contre un prétendu père français résidant en France.

puisque le déclenchement de l'ordre public a eu lieu et c'est cela qui marque la différence avec l'arrêt du 10 mai 2006¹⁰⁴⁵.

875. Ainsi, la Cour écarte la loi étrangère prohibant l'établissement de la filiation naturelle en fonction de la nationalité ainsi que de la résidence de l'enfant concerné. Ce faisant, elle délimite le champ d'application de la loi du for en fonction d'un critère sélectif délimitant par avance les personnes en faveur desquelles elle peut s'appliquer¹⁰⁴⁶. M. Zaher remarque que « c'est l'appartenance à un groupe et non la défense des valeurs de l'ordre juridique du for qui conditionne le déclenchement de l'exception de l'ordre public »¹⁰⁴⁷.

876. Cet argument peut expliquer pourquoi il s'agit plutôt d'un ordre public de proximité sélectif. Ainsi, la même formule adoptée par la Cour de cassation lors des deux arrêts, celui du 10 février 1993 et celui du 10 mai 2006, donne naissance à des résultats différents entre le rejet des lois étrangères prohibant le droit d'établissement de la filiation naturelle et la tolérance envers ces mêmes lois. Cette formule semble avoir profondément modifié le jeu de l'exception d'ordre public¹⁰⁴⁸.

3- Appréciation de la jurisprudence

877. Plusieurs points méritent d'être soulevés afin de comprendre la jurisprudence en matière de filiation naturelle chaque fois que les juridictions françaises sont face à des lois prohibant l'établissement de la filiation naturelle comme c'est le cas de la loi marocaine.

878. Le premier point concerne la non-conformité de ces lois à l'ordre public. À vrai dire les lois prohibant la recherche judiciaire de paternité « ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public »¹⁰⁴⁹. Dans ce cas, l'ordre

¹⁰⁴⁵ K. ZAHER, op. cit., n° 227, p. 168.

¹⁰⁴⁶ D. BODEN, thèse précitée, vol. II, n° 752, p. 794.

¹⁰⁴⁷ K. ZAHER, op. cit., n° 227, p. 168.

¹⁰⁴⁸ P. MAYER et V. HEUZE, op. cit., n° 209-1; *contra*, N. JOUBERT, thèse précitée, n° 292, p. 258.

¹⁰⁴⁹ C. cass. 1ère ch. civ, 10 février 1993, pratiquement la même formule a été utilisée pendant l'arrêt C. cass. 1ère ch. civ, 10 mai 2006.

public n'intervient pas pour évincer une loi choquante et contraire aux principes français de l'ordre public mais il joue un autre rôle. La réserve de l'ordre public intervient d'avantage pour corriger un attachement inadéquat imposé par une règle de conflit, celle posée par l'article 311-14 désignant une loi qui n'entretient pas les liens les plus étroits avec le litige, au lieu de défendre des principes considérés comme fondamentaux par le for. Ainsi, il paraît difficile d'expliquer pourquoi l'ordre public intervient pour évincer des lois qui en principe ne sont pas contraires à ce même ordre public¹⁰⁵⁰.

879. Plusieurs propositions tentent d'apporter un éclaircissement à ce point. La première ne s'est pas trop éloignée de la conception de l'ordre public de proximité. Pour certains auteurs, la Cour de cassation a tout simplement consacré la théorie allemande du *Inlandsbeziehung* en tant que critère commandant le déclenchement de l'exception de l'ordre public en raison des liens avec le territoire¹⁰⁵¹.

880. Cette proposition paraît convaincante. Il est vrai que la Cour de cassation a déclenché le mécanisme de l'ordre public en raison des liens qu'entretient l'enfant avec le for, sa nationalité et sa résidence en France. Reste que la théorie du *Inlandsbeziehung* signifie un lien avec l'ordre juridique et non un lien significatif¹⁰⁵², alors que la pratique jurisprudentielle de la Cour de cassation montre que cette dernière ne se contente pas de liens avec l'ordre juridique du for. En fait, la Haute juridiction « exige des liens précis à savoir la nationalité de l'enfant ou sa résidence en France et refuse de se contenter d'autres éléments »¹⁰⁵³. Ainsi, il est possible d'arriver à la conclusion que ce n'est pas *Inlandsbeziehung* au sens de la doctrine allemande et tel qu'il est envisagé par M. Lagarde qui est retenu par la Haute juridiction, mais plutôt une conception différente de l'ordre public international qui n'entend pas les valeurs considérées comme fondamentales en tant que telles, mais plutôt des personnes sélectionnées en amont¹⁰⁵⁴. Et c'est en cela qu'elle remet en

¹⁰⁵⁰ P. MAYER et V. HEUZE, op. cit., n° 254-3, p. 152.

¹⁰⁵¹ J. FOYER, note sous C. cass. 1ère ch. civ, 10 février 1993, p. 624; N. JOUBERT, thèse précitée, pp. 256-259.

¹⁰⁵² P. LAGARDE, cours précité, n° 104, p. 112.

¹⁰⁵³ K. ZAHER, op. cit., n°230, p. 170.

¹⁰⁵⁴ K. ZAHER, op. cit., n°230, p. 170.

cause aussi bien la fonction traditionnelle de l'ordre public que la neutralité de la règle de conflit posée par l'article 311-14 du Code civil¹⁰⁵⁵.

881. La deuxième proposition estime que la Cour de cassation, en matière de recherche judiciaire de paternité tend plus vers une technique qui ressemble davantage à celles des lois d'application immédiate¹⁰⁵⁶. La compétence de la loi française se trouve fondée pour tous les cas concernant un enfant français ou résident en France. Toutefois cette compétence ne concerne que le *principe* même du droit de l'enfant à établir sa filiation¹⁰⁵⁷. Il s'agit d'un mécanisme particulier fondé sur une combinaison entre lois d'application nécessaire et réserve de l'ordre public¹⁰⁵⁸ puisque la loi étrangère se trouve applicable par le juge français si elle permet à l'enfant d'établir sa filiation naturelle. Dans le cas contraire, elle sera écartée au nom de l'ordre public de proximité.

882. Cette proposition fait l'objet de trois reproches. Le premier traite de la nature même des lois qui ne peuvent être considérées comme des lois d'application immédiate en ce sens qu'elles excluent le jeu des règles de conflit de lois tout en précisant leur seul domaine d'application. Dans la jurisprudence de la Haute juridiction, à travers les deux arrêts, celui du 10 février 1993 et celui du 10 mai 2006, la Cour ne fait jouer l'exception de l'ordre public qu'après avoir désigné la loi applicable au moyen du rattachement de l'article 311-14. Dans les deux cas, la règle de conflit a été mise en œuvre.

883. Le deuxième reproche traite de l'article 311-15 du Code civil qui dispose que « toutefois, si l'enfant légitime et ses pères et mères, l'enfant naturel et l'un de ses pères et mères ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ». Ainsi, la conception des lois d'application immédiate en la matière « conduirait à des difficultés d'harmonisation avec l'article 311-15 du Code civil dont

¹⁰⁵⁵ N. JOUBERT, thèse précitée, n° 104, p. 112.

¹⁰⁵⁶ P. MAYER et V. HEUZE, op. cit., n° 209-1, pp. 152-153.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, le terme "principe" mis en italique par les auteurs.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

elle serait tantôt un doublet lorsque toutes les parties résident en France, soit une extension lorsque seul l'enfant est français ou résident en France »¹⁰⁵⁹. Dans ce cas aussi, il y a quelques points à soulever. En premier lieu, il paraît difficile de soutenir que cette technique des lois d'application immédiate soit un doublet de l'article 311-15 puisque cet article sera appliqué par le juge dès qu'il sera face à un enfant, ou l'un de ses pères et mères qui ont leur résidence habituelle en France, sans passer par l'article 311-14. Mais pour cela, il faut que la possession d'état soit continue¹⁰⁶⁰ tout en résultant d'une réunion suffisante de faits¹⁰⁶¹ pour qu'elle puisse constituer une présomption légale relative à la filiation de l'enfant¹⁰⁶². À défaut, comme le rappelle M. ZAHER¹⁰⁶³, le juge reviendra aux dispositions de l'article 310-1 du Code civil plus libérales en matière de preuve¹⁰⁶⁴ et ce après avoir écarté la loi étrangère désignée par l'article 311-14, laquelle aurait été jugée contraire à l'ordre public français. Cela montre qu'il ne peut s'agir dans aucun cas d'un doublet de l'article 311-15¹⁰⁶⁵. D'ailleurs, MM. Mayer et Heuzé reconnaissent que la loi étrangère ouvrant à l'enfant la possibilité d'établir sa filiation naturelle sera normalement applicable par le juge¹⁰⁶⁶.

Donc le procédé des lois d'application immédiate n'est ni un doublet de l'article 311-15, ni une extension de ce même article dans le cas où seul l'enfant serait français ou résidant en France puisque les conditions de mise en œuvre de l'article 311-15 ne sont pas remplies puisque seul l'enfant réside en France et ni la mère, ni le père ne remplissent cette exigence. Dans ce cas, cette disposition qui ne peut jouer, laisse place à l'application des articles 340 et suivants du Code civil qui permettent à l'enfant d'intenter une action en recherche de paternité naturelle.

884. Le troisième reproche adressé à ce mécanisme adopté par la Cour de cassation est que la combinaison entre la technique des lois d'application immédiate et

¹⁰⁵⁹ J. FOYER, note sous C. cass. 1^{ère} ch. civ., 10 février 1993, p. 624; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grand arrêts DIP.*, op. cit., pp. 491 et suiv.

¹⁰⁶⁰ Article 311-1 du Code civil qui dispose « la possession d'état s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent la réunion de parenté entre un individu et la famille. à laquelle il est dit appartenir ».

¹⁰⁶¹ C. cass. 1^{ère} ch. civ., 5 juillet 1988, p. 398, conclusions. L. CHARBONNIER.

¹⁰⁶² K. ZAHER, op. cit., n°233, p. 171.

¹⁰⁶³ *Ibid.*

¹⁰⁶⁴ A. BENABENT, *Droit civil, La famille*, Litec 2003, 11^{ème} éd, p. 445, n°696.

¹⁰⁶⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶⁶ P. MAYER et H. HEUZE, op. cit., n° 209-1, p, 153.

l'intervention de l'exception de l'ordre public altère définitivement la neutralité de la règle de conflit proposée par l'article 311-14 dont il sert de correcteur¹⁰⁶⁷. M. Zaher va plus loin en soutenant que l'article 311-14 qui apporte une réponse inappropriée est un article qui vit une crise profonde¹⁰⁶⁸. Il part du constat que le domaine de l'intervention de la loi étrangère devient extrêmement restreint. Elle ne trouvera à s'appliquer que dans le cas où elle ne privera pas l'enfant français ou résident en France du droit d'établir sa filiation naturelle. Ainsi, les résultats de son application sont connus d'avance, ce qui est la négation même de la neutralité de la règle de conflit bilatérale¹⁰⁶⁹.

885. M. Zaher propose même l'application directe de la loi française puisque le résultat de l'application de la loi étrangère doit être identique à celle à laquelle conduira l'application de la loi française¹⁰⁷⁰. Dans ce cas, le juge français évitera le détournement de l'ordre public lorsqu'il sait d'avance que l'enfant français ou résidant en France ne doit pas être privé de son droit d'établir sa filiation en application d'un droit étranger. L'auteur s'appuie essentiellement sur la théorie de l'équivalence qui suscite non seulement l'intérêt de la doctrine¹⁰⁷¹ mais aussi celui de la jurisprudence¹⁰⁷².

886. Malgré la critique qui reproche à cette méthode de remettre en cause l'autorité de la règle de conflit¹⁰⁷³, il est important de rappeler qu'en matière de recherche judiciaire de paternité, il est difficile de parler d'une telle autorité, lorsque « la loi désignée par celle-ci ne s'applique que si elle permet d'aboutir à des résultats exigés

¹⁰⁶⁷B. AUDIT, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », *R.C.A.D.I.*, 1984-III, vol. 186, spéc. pp. 384 et suiv.; P. LAGARDE, cours précité, pp. 110 et suiv. ; F. FAULT-SESEKE, *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, LGDJ 1996, n° 705, p. 348.

¹⁰⁶⁸K. ZAHER, op. cit., n°234, p. 172

¹⁰⁶⁹Audit, op. cit., n° 105, p. 82-83; P. MAYER et V. HEUZE, op. cit., n° 114, p. 78; Y. LOUSSOUARN, communication précité, p. 44; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. de GEOUFFRE de LA PARADELLE, op. cit., n° 289-294, p. 182-184.

¹⁰⁷⁰K. ZAHER, op. cit., n° 234, p. 172.

¹⁰⁷¹H. GAUDME-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », in *Le droit international privé: esprits et méthodes*, Mélanges à l'honneur de P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 302.

¹⁰⁷²C. cass. 1ère ch. civ., 11 juillet 1988, *Rev. crit. DIP.* 1989, p. 81, note P. -Y. GAUTHIER; aussi C. cass. 1ère ch. civ., 13 avril 1999, *Rev. crit. DIP.* 1999, p. 698, note B. ANCEL et H. MUIR WATT; *Clunet* 2000, p. 314, note B. FAUVARQUE-COSSON, *JCP.* 2000. II. 10261, note G. LEGIER; *D.* 200, p. 268, note E. AGASTONI, *Gaz. Pal.* 2000, n° 61-62, p. 42, observation M.-L. NIBOYET.

¹⁰⁷³H. GAUDEME-TALLON, article précité, spéc. p. 324; B. ANCEL et H. MUIR WATT; note sous C. cass. 1ère ch. civ., 13 avril 1999, précité.

par la Cour de cassation à savoir le droit d'établir sa filiation pour les enfants français ou résidant en France »¹⁰⁷⁴. La solution proposée par M. Zaher est de créer une nouvelle règle de conflit¹⁰⁷⁵, en prenant en considération le fait que la loi française revendique indirectement sa compétence à l'égard de l'enfant français ou résidant en France¹⁰⁷⁶. La règle de conflit s'apparentera à une règle de conflit unilatérale déterminant le seul champ de compétence de la loi française pour les enfants français ou résidant en France tout en étant assortie de rattachements pour les autres enfants¹⁰⁷⁷.

Cette solution pourra apporter une réponse plus adéquate permettant aux enfants français ou résidant en France de ne plus subir les lois étrangères normalement compétentes prohibant l'établissement de la filiation naturelle. Il faut soulever comme l'a très bien remarqué M. Zaher, que « les actions en recherche de paternité naturelle impliquant un enfant français ou résidant en France sont, de loin, les plus nombreuses. C'est dire que la règle de conflit de l'article 311-14 est désormais confinée aux actions, rares, impliquant des enfants qui ne sont ni français ni résidant en France »¹⁰⁷⁸. Ainsi la règle de conflit actuel, en plus d'être inadaptée, elle devient l'exception vue la rareté des actions en recherche de paternité naturelle impliquant des enfants qui ne répondent pas à la condition de la nationalité ou de la résidence habituelle. Elle reflétera la réalité des solutions jurisprudentielles sans risquer de dénaturer la fonction de l'exception de l'ordre public international « en introduisant des nouveaux facteurs personnels en fonctions desquels ce dernier serait, ou non, appelé à jouer »¹⁰⁷⁹.

887. Cette proposition offre une solution radicale. Ainsi, la loi marocaine comme loi prohibant et interdisant tout droit à l'enfant d'établir sa filiation naturelle, est considérée comme incompétente. Tout enfant franco-marocain ou marocain résidant en France qui tente une action de recherche judiciaire de paternité en France se trouvera soumis à la loi française qui lui permet d'établir sa filiation.

¹⁰⁷⁴ K. ZAHER, op. cit., n°234, p. 172.

¹⁰⁷⁵ Dans le même sens à propos du Divorce, D. ALEXANDRE, note sous C. A. 1ère ch., 11 juillet 1978, *Clunet* 1979, p. 601, spéc. p. 613.

¹⁰⁷⁶ Voir P. MAYER et V. HEUZE, op. cit., n° 209-1, p. 152.

¹⁰⁷⁷ K. ZAHER, op. cit., n° 235, p. 173.

¹⁰⁷⁸ K. ZAHER, op. cit., n° 234, p. 172.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.* n° 235, p. 173

Le reproche qui peut être formulé contre cette proposition ainsi que contre l'éviction de la loi étrangère prohibitive telle que la loi marocaine au nom de l'ordre public réside essentiellement dans le souci de la nécessité de coordination des solutions entre les ordres juridiques impliqués. Le retour systématique à la loi française en évitant l'application de la loi étrangère prohibitive ne pourra que ruiner l'harmonie internationale des solutions dans des cas où elle est pourtant d'une importance particulière, puisque le rapport de droit litigieux a par hypothèse plus d'attaches avec un ordre juridique étranger qu'avec le for¹⁰⁸⁰.

Ainsi, l'application de la loi française ne sera d'aucune utilité pour l'enfant marocain qui bénéficiera d'une décision d'établissement de filiation qui n'aura aucun effet au Maroc. L'enfant franco-marocain ou marocain dont la mère est marocaine résidente en France et intentant une action contre un prétendu père marocain résidant aussi en France, peut effectivement établir sa filiation en application de la loi française puisque la loi marocaine, normalement compétente est évincée au nom de l'ordre public. Cet établissement de filiation naturelle ne peut avoir aucun effet au Maroc et par conséquent, l'enfant ne peut bénéficier des effets de la filiation dès qu'il passe les frontières marocaines et ne peut demander la reconnaissance ou l'exequatur de la décision française devant le juge marocain.

888. Reste la question de savoir à quel point l'importance de l'harmonisation des solutions entre les deux systèmes l'emporte sur le droit de l'enfant à établir sa filiation.

En premier lieu, il est important de rappeler que l'harmonisation des solutions est loin d'être un « objectif exclusif du droit international privé »¹⁰⁸¹, puisque la décision rendue par le juge français ne sera pas nécessairement amenée à déployer ses effets dans l'ordre juridique au Maroc dans le cas où l'enfant de mère marocaine résidant en France cherche à établir sa filiation à l'égard d'un prétendu père de nationalité

¹⁰⁸⁰ J. FOYER, note sous C. cass. 1ère ch. civ., 10 février 1993, *Rev. crit. DIP.* 1993, p. 631; I. BARRIÈRE-BROUSSE, note sous le même arrêt, *Clunet* 1994, p. 130; C. CHABERT, « L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois », *Presses Universitaires d'Aix-Marseille*, 2001, n° 771, p. 379. N. JOUBERT, thèse précitée, n° 280 pp. 246-247; M.-C. NAJM, op. cit., n° 508, p. 487.

¹⁰⁸¹ H. BATIFFOL, *Aspects philosophique du droit international privé*, Dalloz 2002, édition présentée par Y. Lequette, n° 96, p. 213.

française. La paternité établie, l'enfant acquiert forcément la nationalité française et le risque de rejet d'une telle décision au Maroc reste infime dans la mesure où ni l'enfant, ni sa mère ou ses représentants n'ont d'intérêt à demander l'établissement d'une filiation naturelle dans un pays qui leur sont hostiles et se mettre dans une situation de mettre à jour judiciairement et devant toute la société le fruit d'une relation illicite entre la mère et le présumé père pour ne rien obtenir que scandale et indignations des juges. Dans le même ordre d'idées, la volonté de chercher judiciairement la paternité d'un enfant en France tend vers la création des effets de la filiation selon le droit français comme l'inscription à l'état civil ou la pension alimentaire. Ces arguments s'appliquent aussi dans le cas de recherche d'établir une filiation à l'égard d'un père étranger ou marocain résidant en France.

Même s'il est à supposer que l'enfant tente une action de reconnaissance ou d'exequatur du jugement français établissant la filiation naturelle à l'égard de son père marocain, français ou étranger, ce qui créera une situation boiteuse puisque le jugement ne produira aucun effet au Maroc, « mais à la réflexion, est-ce si grave ? Ce ne serait pas la première fois que le droit international privé connaîtrait des situations boiteuses? »¹⁰⁸². Et pour cette fois, l'enfant aura au moins une existence quelque part. Le choix entre la possibilité de permettre à un enfant d'établir sa filiation dans le for en courant le risque de consacrer une situation boiteuse dans un pays étranger tel le Maroc et la décision de déclarer irrecevable l'action de recherche de paternité naturelle en application de la loi marocaine afin d'éviter un manque d'harmonisation entre les solutions des deux systèmes doit être laissé à l'enfant ou à ses représentants¹⁰⁸³. La peur de création de situations boiteuses entre le système français et marocain trouve son fondement lorsque l'enfant réside en France ou s'il est de nationalité française. Ainsi, il est constant que le juge français néglige la circonstance qu'il crée une situation boiteuse lorsqu'il accepte d'établir la filiation naturelle d'enfants résidant en France ou de nationalité française, moyennant une mise à l'écart des lois étrangères prohibitives et cela même dans des espèces où il

¹⁰⁸² J. FOYER, note sous C. cass. 1ère ch. civ., 3 novembre 1988, précitée, *Rev. crit. DIP.* 1989, p. 502.

¹⁰⁸³ W. WENGLER, « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », article précité, p. 47.

n'est nullement établi que l'enfant n'est pas appelé à regagner un jour le pays dont sa mère est originaire¹⁰⁸⁴.

889. Mais l'argument principal qui tend vers une application systématique de la loi française évinçant ainsi les lois étrangères interdisant le droit d'établir sa filiation naturelle se fonde sur le sacrifice de l'harmonie internationale des solutions au profit de la sauvegarde du droit à tout enfant d'établir sa filiation. Ce droit n'est-il pas fondamental pour l'ordre juridique français?

4- Vers une autre solution plus juste

890. Le droit d'établir sa filiation est-il un droit ayant une valeur fondamentale pour l'ordre juridique français ou juste un simple objectif législatif ? Mme Najm¹⁰⁸⁵ soutient que l'intervention de l'ordre public ne doit pas être systématique afin précisément d'assurer le respect de ces mêmes objectifs législatifs.

891. M. Kinsch¹⁰⁸⁶ démontre bien que la théorie de sauvegarde de la politique législative par l'ordre juridique français souffre de plusieurs objections et il propose même « d'abandonner » cette théorie « autant que schéma explicatif de la jurisprudence française »¹⁰⁸⁷. Reste que le droit pour un enfant d'établir sa filiation ne peut pas être considéré seulement qu'un objectif législatif mais essentiellement comme une valeur fondamentale de l'ordre juridique français qui mérite d'être protégée en opposant l'exception d'ordre public aux lois étrangères qui l'interdisent au même titre que d'autres valeurs fondamentales tel le principe d'égalité entre époux. Quels sont les arguments qui penchent vers l'idée de considérer que le jeu de l'ordre public ne doit intervenir que dans le cas d'enfants français ou résidants en France, qu'il soit un ordre public de proximité sélective permettant ainsi de préserver « les

¹⁰⁸⁴ K. ZAHER, op. cit., n° 243, p. 179.

¹⁰⁸⁵ M.-C. NAJM, op. cit., n° 508, p. 487.

¹⁰⁸⁶ P. KINSCH, « La sauvegarde de « certaines politiques législatives », cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Liber amicorum Héléne Gaudmet-Tallonde, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, p. 455

¹⁰⁸⁷ *Ibid.* p. 458

valeurs fondamentales du for, donc opérer une synthèse équilibrée des divers intérêts en présence »¹⁰⁸⁸ ?

892. Les auteurs favorables aux solutions actuelles de la Cour de cassation soutiennent que la loi étrangère ne « pourra être écartée que dans la mesure où son introduction dans l'ordre juridique du for heurte les conceptions fondamentales du for ou certaines de ses politiques législatives particulièrement essentielles à ses yeux »¹⁰⁸⁹. Ainsi, la conclusion qu'il est possible de tirer de ces positions est que le droit de chaque enfant d'établir sa filiation est un droit fondamental ou une politique législative essentielle mais seulement lorsque l'intérêt de l'enfant français ou résidant en France est en cause et ce droit cesse de l'être lorsque ces deux conditions ne sont plus remplies. C'est-à-dire que l'enfant étranger ne résidant pas en France ne bénéficie guère de la protection de ce droit par l'opposition de l'ordre public à la loi étrangère prohibitive et ce quand bien même il est lié à la France parce que le prétendu père est français ou résidant en France.

893. Cela amène à se poser trois interrogations qui paraissent essentielles et qui ont été soulevées par M. Zaher¹⁰⁹⁰: la première concerne le fait de déterminer le droit à l'établissement de la filiation naturelle en tant que droit fondamental. La Cour de cassation le défend comme tel, ce qui explique l'intervention de l'exception de l'ordre public pour évincer une loi étrangère considérée comme contraire aux valeurs fondamentales du for, ce qui justifie sa position et cette opposition de l'ordre public.

894. La deuxième question traite de l'intérêt en présence. Si l'ordre public de proximité sélective opère une synthèse équilibrée des divers intérêts en présence, quels sont justement ces intérêts? Est-ce qu'il s'agit de l'intérêt de l'enfant qui ne pourrait connaître son père puisque c'est la loi étrangère prohibitive qui sera compétente et donc se trouver dans l'impossibilité d'établir sa filiation? Est-ce l'intérêt de la mère qui se trouvera dans la situation d'assumer seule la responsabilité parentale? Ou l'intérêt du prétendu père qui se retrouvera exempté de toute responsabilité envers cet enfant? Comment les juges français peuvent-ils permettre à

¹⁰⁸⁸ M.-C. NAJM, op. cit., n° 508, p. 487.

¹⁰⁸⁹ N. JOUBERT, thèse précitée, n° 162, p. 138.

¹⁰⁹⁰ K. ZAHER, op. cit., n° 246, pp. 180-181.

un prétendu père français ou résident sur leur territoire d'échapper à sa responsabilité envers son enfant en justifiant cela par la nationalité de l'enfant et sa non-résidence en France? Le seul bénéficiaire de cette situation ne peut être que ce prétendu père. Est-ce possible de considérer que le droit d'établir sa filiation fait parti des principes qui « sans prétendre à l'universalité, constituent les “fondements politiques, sociaux de la civilisation française” », que le « juge français doit tenter ici de s'interroger moins sur sa propres réaction que sur celle de l'opinion publique française dans son ensemble »? C'est l'attitude soutenu par M. Kinsch « comme compatible avec la mission d'un juge à l'intérieur d'une démocratie¹⁰⁹¹. Il est bien probable que l'intérêt de l'enfant l'emportera largement pour permettre au droit d'établir sa filiation comme un principe fondamental qui exige une protection quelque soit les parties.

895. Pouvons nous croire ainsi que la politique législative de la France qui par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 traduit la volonté du législateur d'abolir la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle en adoptant simultanément un régime simplifié destiné à ouvrir considérablement la possibilité d'établir la filiation naturelle¹⁰⁹² est venu confirmer le fondamentalisme du droit d'établir sa filiation dans l'ordre juridique français. Dans ce cas, la position de la Cour va à l'encontre de cette politique législative. Et même s'il ne s'agit que d'un simple objectif législatif, ne mérite-t-il pas sa protection par l'exception d'ordre public dès lors qu'il n'est pas contesté par l'opinion? C'est ce que pense la doctrine majoritaire qui s'accorde à donner une réponse positive à cette question¹⁰⁹³. La politique législative en matière de recherche judiciaire de paternité est très claire, par conséquent, la Cour de cassation, par sa position, n'est pas en phase avec l'évolution actuelle du droit de la famille¹⁰⁹⁴. Elle l'est encore moins avec ses propres décisions

¹⁰⁹¹ P. KINSCH, op. cit., p. 454, note 21, discussion par A. Bickel, *The last dangerous Branch* (1962), ré.éd. New Haven 1986, p. 235 et s. M. Kinsch propose de voir l'approche très séptique de J. H. Ely, *Democracy and distrust*, Cambridge (Mass.), 1980, p. 43 et s.; voir aussi, U. Di Fabio, « Zu Theorie eines grundrechtlichen Wertesystems » in *Handbuch der Grundrechte*, D. Merten, H. J. Papier éd. vol. II, Heidelberg, 2006, p. 1031, 1034 et s.

¹⁰⁹² Ordonnance n° 2005-759, 4 juillet 2005, *J.O.* 6 juillet 2005, p. 11159. F. GRANET-LAMBRECHTS et J. HAUSER, « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17; T. GARÉ, « L'ordonnance portant réforme de la filiation », *JCP.* 2006. I. 144; J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », *Deffrénois* 2006, art. 38324, p. 6 et p. 209.

¹⁰⁹³ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de Droit international privé*, t. 1 LGDJ 1983, 7ème éd. n° 359, p. 416; P. MAYER et V. HEUZE, op. cit., n° 200, p. 146; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. VAREILLES-SOMMIÈRES, op. cit., n° 254, p. 344; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts DIP.*, op. cit., p. 534.

¹⁰⁹⁴ T. TAZZI, C. cass. 1ère ch. civ., 10 mai 2006, précité.

relatives à l'application directe de la Convention de New York sur les droits de l'enfant devant les juridictions de l'ordre judiciaire comme le remarque très bien M. Zaher¹⁰⁹⁵. L'auteur rappelle que dans l'arrêt du 18 mai 2005¹⁰⁹⁶, la Cour de cassation a affirmé que cette convention est applicable directement devant les juges, marquant par là un revirement de sa jurisprudence antérieure¹⁰⁹⁷, ce qui suppose bien entendu, que la disposition relative au droit en question soit suffisamment précise pour en assurer son applicabilité directe¹⁰⁹⁸. Cette condition est bien remplie par l'article 7-1 de la Convention de New York qui dispose que « L'enfant est enregistré aussitôt à sa naissance et a, grâce à celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux »¹⁰⁹⁹.

896. La disposition revêt un caractère clair, le juge français a la possibilité de permettre à tout enfant s'adressant à sa juridiction, qu'il soit étranger ou non, qu'il réside en France ou non, sans distinctions ni conditions, d'établir sa filiation et d'avoir le droit de connaître son prétendu père pour que ce dernier puisse participer à son éducation. Peuvent aussi être invoqués le droit de connaître ses origines et son histoire et le fait d'apporter l'exemple aux autres pays tel le Maroc qui peut être s'en inspirera pour changer sa politique envers ses enfants considérés comme illégitimes et leur permettre d'être reconnus par leurs pères. Est-il possible d'attendre de la Haute juridiction qu'elle explique pourquoi elle n'opposera pas l'exception de l'ordre public pour évincer une loi prohibitive dans le cas d'enfants étrangers ne résidant pas en France dont le prétendu père est français ou résidant en France, en quoi cela dépasse la « mesure du possible »¹¹⁰⁰?

¹⁰⁹⁵ K. ZAHER, op. cit., n° 246, p. 181

¹⁰⁹⁶ C. cass. 1ère ch. civ., 18 mai 2005, JCP. 2005. II. 10081, note Y. STRICKLER et F. GRANET-LAMBRECHTS; JCP. 2005. II. 10115, note C. CHABERT; D. 2005, p. 247, observations Th. FOSSIER; D. 2005, p. 1909, note V. EGEEA, *Rev. crit. DIP.* 2005, note D. BUREAU; *Clunet* 2005, p. 113, note C. CHALAS.

¹⁰⁹⁷ C. cass. 1ère ch. civ., 10 mars 1993, D. 1993, p. 361, note J. MASSIP; D. 1993, p. 2033, et la chronique précitée de M. -C. RONDEAU-RIVIER; JCP. 1993. I. 3688, n° 4, note J. RUBELIN-DEVICHI; JCP. 1993. I. 3677, et la chronique de CI. NEIRINCK et P. -M. MARTIN, « Un traité bîne maltraité . À propos de l'arrêt *Lejeune* », *Rev. crit. DIP.*, 1993, p. 449, note P. LAGARDE; *Rev. gén. dr. inter. pub.* 1993, p. 1051, note D. ALLAND; *R.T.D.civ.* 1993, p. 341, note J. HAUSSER.

¹⁰⁹⁸ D. BUREAU, C. cass. 1ère ch. civ., 18 mai 2005, précitée, p. 692.

¹⁰⁹⁹ Voir A. BRAUNSCHWEIG et R. DE GOUTTES, « Note à propos des arrêts de 1993 de la première chambre civile de la Cour de cassation sur la Convention des Nations-Unis sur les droits des enfants devant la cour de cassation: un traité mis hors jeu », D. 1993, chronique LIV, p. 203, spéc. 204.

¹¹⁰⁰ K. ZAHER, op. cit., n° 247, p. 182

897. Un soupçon de réponse est fourni par un arrêt de la Cour de cassation du 26 octobre 2011¹¹⁰¹, lors d'une affaire concernant une femme d'origine ivoirienne qui avait été naturalisée française après la naissance de son enfant et qui intente une action en recherche de paternité contre un prétendu père de nationalité française. Elle et l'enfant résident en France. Le droit ivoirien est compétent en vertu des dispositions de l'article 311-14. Or le droit ivoirien, s'il permettait de manière générale et sous respect de certaines conditions la recherche de la paternité naturelle¹¹⁰², prohibait la recherche de paternité de l'enfant adultérin¹¹⁰³. Il est essentiel de rappeler que la réforme de 1972 accordant à l'enfant adultérin le droit d'établir en justice sa filiation était conforme à un objectif de justice élémentaire interdisant de sanctionner un enfant pour la faute commise par son auteur. Aussi bien, la levée de l'interdiction en France s'est-elle logiquement répercutée sur les contours de l'ordre public français¹¹⁰⁴.

898. Cet arrêt s'est intéressé à condamner une loi étrangère qui n'était pas prohibitive du droit à l'établissement de la filiation par un enfant naturel mais par l'enfant adultérin. Ayant déjà écarté une loi interdisant la légitimation des enfants adultérins, la Cour de cassation devait logiquement faire de même avec une loi leur interdisant l'accès à la filiation¹¹⁰⁵. Certes, il ne s'agit pas de reprendre tous les arguments concernant l'intervention de l'ordre public face aux lois étrangères prohibant tout établissement de la filiation mais l'originalité de cet arrêt réside justement dans le fait que la Cour de cassation ne s'est guère prononcé sur les liens de proximité rattachant l'affaire au for.

899. La cour d'appel avait d'ailleurs, pour écarter la loi ivoirienne, souligné que l'enfant était né en France où il était élevé et que, dans ces conditions, la prohibition étrangère était contraire à l'ordre public français, notamment en ce qu'elle contrevenait à l'article 7 de la Convention de New York (CIDE) du 26 janvier 1990 reconnaissant à l'enfant le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

¹¹⁰¹ Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, *Dr. Fam.* 2012, p. 19, note M. FARGE.

¹¹⁰² Code ivoirien de la famille, art. 26.

¹¹⁰³ Code ivoirien de la famille., art. 27.

¹¹⁰⁴ M. FARGE, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, note précitée.

¹¹⁰⁵ *ibid.*

900. La Cour de cassation ne s'est pas contentée d'approuver ce motif et lui a substitué une formule faisant l'économie non seulement de la référence à la Convention européenne des droits de l'Homme mais surtout de la caractérisation de la condition de proximité. Mais ce faisant n'a-t-elle pas voulu amorcer un revirement ? La Haute juridiction régulatrice s'est seulement limitée à répondre au pourvoi. Ce dernier ne discutait pas, en effet, de la condition de proximité laquelle était de toute évidence réalisée ; il essayait seulement de convaincre que la loi ivoirienne n'était pas choquante parce que, à la différence du droit musulman, elle ne prohibait pas de manière générale l'établissement en justice de la filiation paternelle hors mariage, mais seulement la déclaration judiciaire de la paternité adultérine dans un objectif de préserver l'épouse victime de l'adultère et ses enfants légitimes.

901. Ce qui est intéressant et intrigant c'est que le pourvoi se plaçait exclusivement sur le terrain de la contrariété ou non du droit étranger aux principes essentiels du droit français en taisant volontairement l'existence d'un lien de proximité susceptible de favoriser un jugement de contrariété. En restant sur le même terrain, la Cour régulatrice s'est-elle seulement sacrifiée aux contraintes du pourvoi ou a-t-elle saisi l'occasion d'un arrêt de rejet pour réaliser un revirement de jurisprudence¹¹⁰⁶ ? Est-il possible de croire que les juges soient influencés par le débat autour de l'abandon de l'ordre public de proximité dans la matière ? M. Farge croit que la décision de la Haute juridiction tend vers la considération que « le droit à l'établissement de la filiation naturelle ne peut plus être subordonné à une condition de proximité »¹¹⁰⁷. La réponse de la Cour de cassation sera peut être plus définie lors d'une action de recherche judiciaire de paternité intentée par un enfant étranger qui ne réside pas en France.

902. La filiation établie, elle produit ses effets, ces derniers ont fait objet de réformes au niveau de la loi marocaine mais cela n'efface pas l'écart qui existe entre les deux systèmes en la matière.

II- Les effets de la filiation : autorité parentale, garde et pension

¹¹⁰⁶ M. FARGE, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, note précitée.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*

903. Le législateur marocain a mis au point des réformes importantes. Grâce aux dispositions de l'article 54, le Code de la famille marocain énumère les droits qu'ont les enfants à l'égard de leurs parents, protection, éducation et formation religieuse sans distinguer entre le père et la mère.

904. Reste que malgré ces réformes, les principes et les dispositions du droit marocain sont assez éloignés de ce qui se trouve dans le droit français. Et ces différences sont telles qu'elles peuvent créer des conflits entre les deux systèmes essentiellement pour les Marocains résidents à l'étranger et qui désirent donner une éducation "à la marocaine " à leurs enfants. Plusieurs difficultés ressortent des dispositions prévues par l'article 54 du Code marocain.

905. La première difficulté se rapporte à la définition légale de l'âge auquel la protection de l'enfant cesse d'avoir effet. L'article 54 alinéa premier, met fin à la protection des enfants à l'âge de la majorité, 18 ans comme prévu par l'article 209. En revanche, dans son alinéa 7, il la fait perdurer jusqu'à la fin des études. Ainsi les parents sont tenus de garantir à leurs enfants « autant que possible, les conditions adéquates pour poursuivre leurs études selon leurs aptitudes intellectuelles et physiques ».

906. La question de savoir si ces dispositions poseront de réelles difficultés pour les Marocains résidents en France trouve une réponse qui s'avère négative. En pratique, aucun problème particulier ne devrait se poser. Le droit français interprète l'obligation des parents dans le même sens que la définition reprise à l'article 54 alinéa 7 : les dispositions de l'article 203 du Code civil obligent les parents à permettre à leurs enfants de terminer la formation entamée, même si cela requiert qu'ils continuent à subvenir à leurs besoins au-delà de l'âge de la majorité¹¹⁰⁸.

907. La deuxième difficulté présente plus d'interrogations s'agissant de l'autorité parentale et de son incidence sur le droit de garde. L'article 54 prévoit, en cas de divorce, que les obligations entre les parents seront réparties « conformément aux

¹¹⁰⁸ M. -C. FOGLETS, *Nouveau Code marocain de la famille. et droit international privé européen*, ouvrage précité.

dispositions prévues en matière de garde ». Rappelons que la question de la garde fait l'objet des articles 163 à 179 du Code marocain de la famille et même si ces dispositions sont loin de la répartition prévue par le droit musulman, elles restent spécifiques à la société marocaine et éloignées des règles du droit français. Les règles traitant de l'exercice de l'autorité parentale trouvent écho dans la convention franco-marocaine du 10 août 1981 (A) qui ne correspond ni à la pratique juridique en la matière ni aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme (B).

A- L'autorité parentale et ses effets sur la garde par rapport à la convention franco-marocaine

908. L'exercice de l'autorité parentale au Maroc reste très différent de ce qui est connu en droit français. Comme pour le mariage, la relation entre les parents et leurs enfants se fonde sur une répartition qui n'a guère changé, malgré la responsabilité commune des époux envers leurs ménages et leurs enfants. Cette répartition donne au père, et à lui seul, l'exclusivité d'exercer l'autorité parentale. Ainsi, « les prérogatives sur les enfants restent organisées selon le découpage traditionnel auquel la dissolution du mariage ne met pas un terme »¹¹⁰⁹. Le père reste le tuteur de l'enfant et la mère, la gardienne.

Cette autorité parentale accordée au père, lui attribue en exclusivité la prise de décision concernant l'éducation de l'enfant, de son degré d'instruction, sa résidence et aussi des modalités de sa formation religieuse. Le père reste le tuteur de l'enfant et son représentant légal. Ainsi c'est au père que revient l'entretien de l'enfant et la gestion de ses biens. Ce rôle de tuteur ne s'ouvre à la mère que sous condition de l'absence du père ou de son incapacité ou pour tous autres motifs sérieux¹¹¹⁰.

909. Il est clair que la garde est une prérogative subordonnée à la tutelle. Même si la mère, après la rupture du lien matrimonial obtient la garde, elle n'exerce pas l'autorité parentale sur ses enfants, seul le tuteur « imprime les orientations

¹¹⁰⁹ F. LAROCHE-GISSEROT, « Le nouveau Code marocain de la famille.: innovation ou archaïsme? », article précité, n° 19 p. 351.

¹¹¹⁰ Article 238, les dispositions de cet article énumèrent les conditions que la mère doit réunir pour pouvoir être tutrice de ses enfants.

fondamentales de l'éducation des enfants »¹¹¹¹. Ainsi le père exerce une surveillance sur la mère gardienne et la rémunère par rapport à son rôle, rémunération indépendante de la pension alimentaire due aux enfants. D'ailleurs le rôle de surveillant attribué au père peut aller assez loin. Ainsi, la mère subit le risque de se voir retirer la garde de son enfant dans le cas de son remariage¹¹¹². Le père, tuteur a aussi la prérogative d'autoriser ou d'interdire à la mère de voyager avec les enfants hors du Maroc¹¹¹³. Comme il a été déjà signalé, contrairement, à l'ancienne moudawana, le juge des référés joue un rôle particulièrement important puisque c'est à lui que revient la décision, dans le cas de résistance de la part de la mère, de maintenir la garde de l'enfant à son profit lors de son remariage et c'est à lui aussi que revient l'autorisation de lui permettre de sortir du territoire à condition de s'assurer de son retour. Ces différentes dispositions montrent bien l'esprit non seulement de ce que le législateur marocain estime pour ce qui est des rôles de chacun au sein de la famille, mais aussi de celui de toute la société marocaine. L'autorité et la tutelle de l'enfant sont plus une affaire d'hommes que de femmes.

910. Cette répartition est naturellement contraire à celle prévue par le Code civil français. Depuis la loi du 4 juin 1970, la France a rompu avec l'idée que la puissance paternelle est la prérogative dont seul le père bénéficiait même après divorce. Il est aisé d'imaginer que l'exercice de l'autorité parentale, tel qu'il est prévu par la loi marocaine, peut subir un rejet auprès des juges français puisqu'il est contraire à la conception de la famille telle qu'elle est prévue par l'ordre juridique français.

Ainsi, l'exercice de l'autorité parentale telle qu'elle est prévue dans le Code marocain présente le problème du principe de l'égalité des parents envers leurs enfants et forcément cela se ressent dans l'exercice même de la garde lors de la séparation du couple.

911. En pratique, pour ce qui est des Marocains résidents en France, le problème de l'exercice de l'autorité parentale ne se pose que dans le cas de la dissolution du lien matrimonial. C'est dans des situations de rupture que l'inégalité subie par la mère

¹¹¹¹ F. LAROCHE-GISSEROT, op. cit, n°19, p. 351

¹¹¹² Article 175 du Code marocain de la famille.

¹¹¹³ Article 179

vis-à-vis de ses enfants ressort. Il est évident que comme il s'agit de Marocains, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut personnel se trouve compétente pour déterminer le sort des enfants après le divorce. Effectivement, la convention accorde une place très importante aux enfants. Le troisième chapitre y est consacré et détermine leur sort en cas de séparation des parents dans des situations concernant les deux Etats, soit dans le cas de couples franco-marocains soit dans le cas de nationaux résidents dans l'un des deux pays. Ainsi, la convention propose des procédures particulières, procédure d'urgence et procédure conservatoire, afin d'encadrer tout déplacement illicite de l'enfant.

912. La question de l'application des mesures prévues par la Convention n'est pas simple. En effet, la pratique jurisprudentielle démontre la faiblesse de leur mise en œuvre en matière d'autorité parentale (1) et celle traitant de la garde (2).

1- La faillite de la convention franco-marocaine en matière d'exercice de l'autorité parentale

913. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 mai 2007¹¹¹⁴ en est la parfaite illustration. Il s'agit ici d'un cas d'enlèvement d'enfant par l'un des parents, ce qui se présente souvent dans le cas de dissolution de mariages mixtes notamment franco-marocains. En l'espèce, la mère de nationalité française a enlevé sa fille qui résidait au Maroc avec son père de nationalité espagnole.

Dans cette affaire, la juridiction constate le déplacement illicite de l'enfant commis par la mère au sens de la Convention franco-marocaine mais elle refuse le retour de l'enfant au motif que la mère n'était pas assurée d'exercer ses droits maternels.

C'est dans un souci de protection des droits de la mère et de sa capacité à les exercer selon la conception de l'exercice de l'autorité parentale tel qu'elle est conçue par le droit français que la Cour de cassation a rendu une décision favorable à la mère même si cette dernière a enlevé sa fillette de six ans pour lui faire gagner la France.

¹¹¹⁴C. cass. civ. 1ère ch., 22 mai 2007, *AJ Fam.*, juil. 2007, n° 155, note M. FARGE; *AJ Fam.*, oct. 2007, comm. n° 188, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

914. Il est certain qu'un tel constat, tel que l'a soulevé M. Farge, « ne manquera pas de choquer dans un domaine où toute tentation nationaliste doit impérativement être surmontée au profit d'une coopération loyale des Etats destinée à sauvegarder le meilleur intérêt de l'enfant »¹¹¹⁵. Pourtant, la décision n'a pas subi de critiques puisque les droits de la mère, y compris lorsqu'ils étaient reconnus par une décision marocaine, avaient été visiblement bafoués au Maroc.

915. Ainsi, la Cour de cassation estime que « cette négation des droits maternels était irréversible de sorte qu'un retour de l'enfant au Maroc conduirait à placer la mère dans une situation de détresse ». Sans doute, il est aisé de penser que les hauts magistrats estimaient que l'intérêt de l'enfant résidait essentiellement dans la possibilité de la mère d'exercer ses droits tout en rendant une décision difficilement conciliable avec les principes généraux applicables en cas d'enlèvement illicite proposés par la même convention¹¹¹⁶.

916. Les juges du fond n'ont nullement eu l'intention de respecter les procédures imposées par la convention en cas d'enlèvement d'enfant par l'un des deux parents, sachant que l'action de remise immédiate est indépendante des questions de fond relatives à l'attribution de la garde et ne peut être réglée que par les autorités du pays de la résidence habituelle de l'enfant, antérieurement à l'enlèvement. Dans ce cas, les autorités marocaines sont considérées comme les mieux à même d'apprécier son intérêt. En conséquence, les juges de l'Etat de refuge ne peuvent pas statuer sur le fond jusqu'à ce qu'il soit établi que les conditions auxquelles est subordonné le retour de l'enfant ne sont pas réunies. La Cour de cassation respecte formellement la règle en indiquant qu'elle a d'abord approuvé, dans le premier arrêt rapporté, le refus du retour de l'enfant au Maroc, avant d'envisager, dans le second, la compétence de la juridiction française en matière de responsabilité parentale¹¹¹⁷,

917. Le refus de la Cour de cassation est fondé sur l'article 25 qui dispose que le retour immédiat peut être refusé « lorsque la remise de l'enfant serait de nature à

¹¹¹⁵ M. FARGE, C. cass. 1ère ch., 22 mai 2007, précitée

¹¹¹⁶ Voir. en ce sens, Cass. 1re civ., 9 juill. 2002 : *Rev. crit. DIP* 2003, p. 466, note E. GALLANT.

¹¹¹⁷ C. cass. civ. 1ère ch., 22 mai 2007, arrêt précité.

mettre gravement en cause sa santé ou sa sécurité en raison de la survenance d'un événement de gravité exceptionnelle depuis l'attribution de la garde ». Cette réserve doit être utilisée d'une manière exceptionnelle. Les juges doivent rechercher la situation de danger que l'enfant encoure dans le cas de sa réunion avec le parent titulaire de la garde. Or, la démarche approuvée par la Cour de cassation a été très différente.

Elle prend en considération deux points. D'une part, elle n'applique pas à la lettre les dispositions prévues par l'article 25 qui porte sur le risque que peut subir l'enfant en cas de retour. Dans cette affaire, l'enfant ne court aucun danger à son retour au Maroc, le père titulaire de la garde n'est pas considéré comme une personne nuisible pour le bien-être de l'enfant. C'est l'impossibilité dans laquelle était la mère au Maroc de bénéficier de son droit de garde et d'entretien avec son enfant qui est prise en considération par les juges. D'autre part, la Cour fait œuvre de prospective en estimant que le maintien de l'enfant en France est un gage qu'il pourra entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents conformément à l'article 9-3 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 relative aux droits de l'enfant. Par ailleurs, les juges du fond ont clairement admis que le danger pris en considération ne pouvait résulter que de la séparation avec sa mère, auteur de l'enlèvement¹¹¹⁸.

918. M. FARGE qui intitule son observation « Constat de faillite de la coopération franco-marocaine : le droit à entretenir des relations personnelles avec chacun de ses parents est invoqué pour consolider un enlèvement illicite ! »¹¹¹⁹, convient que la décision de la Cour de cassation ne juge pas seulement la situation de l'enfant vis à vis de sa relation avec ses parents mais donne plutôt un jugement, qu'il est possible de qualifier de sévère, sur la capacité du Maroc à assurer l'effectivité de ses décisions de justice en matière de responsabilité parentale.

919. La Cour de cassation a adopté une solution différente lors d'une affaire d'enlèvement illicite d'un enfant par sa mère où elle a refusé de se prononcer sur le fond de la garde de l'enfant en déclarant qu'il « n'appartient pas au juge de l'Etat requis, saisi d'une demande de retour immédiat, de statuer au fond sur la garde de

¹¹¹⁸ Raisonnablement discutable, Voir. H. Muir-Watt, *Rev. crit. DIP* 1995, p. 103

¹¹¹⁹ M. FARGE, 13 juill. 2005, *Droitfamille.*, art., précité.

l'enfant »¹¹²⁰. En l'espèce, l'enfant était né aux Pays-Bas d'un père néerlandais et d'une mère marocaine. Le juge marocain prononça le divorce et accorda la garde de l'enfant au père vivant aux Pays-Bas. La mère, quant à elle, choisit de vivre en France. Lors d'un droit de visite, elle garde son enfant et refuse son retour auprès de son père. Ce dernier demande le retour immédiat de son fils. La Cour de cassation fait application de la convention internationale de la Haye de 1980 et du règlement communautaire du 27 novembre 2003 en qualifiant le déplacement d'illicite.

920. Ce qui est incontestablement surprenant est que les deux espèces reposent sur des faits très similaires. Dans les deux cas, la mère enlève l'enfant afin qu'il puisse vivre avec elle en France et pourtant la cour de cassation donne des qualifications distinctes et des réponses différentes. Il est possible de se demander si ce n'est pas la résidence de l'enfant au Maroc qui est l'objet du jugement puisque dans le deuxième cas, la Cour de cassation ne s'est pas prononcé sur l'éventualité du danger qu'encourait l'enfant dans le fait de l'éloigner de sa mère et sur la possibilité de cette dernière d'exercer ses droits. À vrai dire, l'enfant a sa résidence aux Pays-Bas et non au Maroc et il est possible de croire que les juges français ont plus confiance dans les autorités néerlandaises que dans les autorités marocaines pour assurer le bien-être de l'enfant car, il ne faut oublier que l'objectif supérieur réside dans la prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

921. Il est légitime de penser que le raisonnement des juges français réside dans la croyance de ces derniers que l'intérêt de l'enfant ne peut être assuré au Maroc ou qu'il obéit à une conception différente puisque dans une autre affaire, le juge français se permettra de changer la décision prise par son homologue marocain. Dans ce cas, le juge marocain avait fixé la résidence de l'enfant, d'un couple séparé, chez son père. Le jugement était déclaré exécutoire en France sauf que la mère obtient du juge français la fixation de la résidence de l'enfant chez elle¹¹²¹. Ainsi, le juge français s'est donné le pouvoir de revoir la décision du juge marocain ce qui amène à la question de savoir si cette solution est conforme ou non à la convention franco-marocaine.

¹¹²⁰ C. cass. 1re civ., 17 décembre 2008, P. n° 07-15393, Bull. n° 228.

¹¹²¹ C. cass. 1re civ., 27 avril 2004, *Dr. Fam.* 2004, comm. n° 162, note S. FRIGENT.

922. Cette question permet de faire un point sur la nature même des règles de compétence posées par la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 en matière de divorce et essentiellement en matière de garde.

923. Dans l'arrêt du 22 mai 2007, la première chambre civile considère en effet que le juge français ne devait pas se déclarer incompétent au profit du juge marocain et devait au contraire rechercher si les juridictions françaises n'avaient pas compétence directe pour statuer sur la demande de modification de la garde d'un enfant après le divorce, alors que le juge marocain avait prononcé le divorce et accordé à la mère la garde de l'enfant commun avec obligation de résider au Maroc, puis avait, ensuite prononcé la déchéance du droit de garde de la mère et confié l'enfant au père¹¹²². La première chambre rappela que la Convention n'édicte que des règles de compétence indirecte¹¹²³, au stade de la reconnaissance des décisions étrangères. Il appartenait donc au juge français de se prononcer sur la compétence directe de la juridiction française pour statuer sur la garde de l'enfant. Elle confirme dans cette décision le caractère de règles indirectes de compétence, des règles posées par la Convention franco-marocaine, au stade de la reconnaissance des décisions étrangères, donc lorsqu'une décision est déjà intervenue. En fait, la Cour de cassation a suivi une autre jurisprudence antérieure rendue en 2003 et concernant la fixation de la résidence des enfants, comme ici et non le prononcé d'un divorce, dans laquelle la Cour précise que « l'article 24 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 n'édicte des règles indirectes de compétence, (...) qu'au stade de la reconnaissance d'une décision marocaine »¹¹²⁴. Elle en tire la conséquence que cet article 24 n'était pas applicable à une demande relevant de la compétence directe du juge français, en l'occurrence à une demande présentée par une mère marocaine résidante en France tendant à fixer auprès d'elle la résidence de son enfant, vivant au Maroc avec son père défendeur de nationalité française.

¹¹²² V. LARRIBAU-TERNEYRE, Cass. 1re civ., 22 mai 2007, précitée.

¹¹²³ Voir M. FARGE, C. cass. 1ère ch., 22 mai 2007, précitée mais aussi : « La Convention franco-marocaine du 10 août 2001 comporte-t-elle des règles de compétence directe ? », *AJ Fam.* 2005, comm. 232, M. FARGE. - et également : A. DÉVERS, « Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains ; les conventions franco-marocaines face aux droits européens et communautaires », *AJ Fam.* 2006, étude 15 ; ainsi qu'aux commentaires qui ont accompagné la décision de la Cour de cassation du 23 mai 2006, v. infra,

¹¹²⁴ Cass. 1re civ., 20 mai 2003 : *JDI* 2003, p. 827, note G. CUNIBERTI ; *LPA* 2004, n° 53, p. 17, obs. J. MASSIP ; *Dr. et patr.*, nov. 2003, p. 98, obs. F. MONEGER.

2- Le caractère indirect des règles de compétence posées par l'article 24 de la Convention et ses conséquences

924. La solution de la Cour de cassation sera encore plus nette lors d'une décision rendue le 28 mars 2006¹¹²⁵ où elle a affirmé nettement que dans la mesure où l'article 11 de la convention franco-marocaine ne pose que des règles indirectes de compétence, les tribunaux français sont compétents en application de l'article 14 du Code civil pour connaître du divorce dès lors que l'épouse invoque le privilège de juridiction, qu'elle a en France avec les enfants une résidence stable et habituelle et qu'elle est de nationalité française. Le caractère indirect des règles de compétence dépasse donc le cadre de la reconnaissance des décisions marocaines.

925. Dans le prolongement de cette décision mais dans un cadre plus général non limité à la Convention franco-marocaine, une décision de la première chambre civile du 23 mai 2006, reçue par la doctrine comme un revirement, est venue poser la solution suivante : l'article 15 du Code civil ne consacre qu'une compétence facultative du juge français, impropre à exclure la compétence indirecte d'un tribunal étranger, dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisie et que le choix de la juridiction n'est pas frauduleux¹¹²⁶. Si cette décision a été analysée comme un revirement, c'est parce la solution antérieure était que la règle de compétence des articles 14 et 15 du Code civil était exclusive de toute compétence concurrente d'une juridiction étrangère dont la décision ne pouvait dès lors être reconnue en France, si elle était intervenue avant que le juge français ne soit saisi. Elle a depuis réaffirmé cette dernière solution, à propos de l'article 14 du Code civil, dans une décision du 22 mai 2007¹¹²⁷ en précisant que l'article 14 n'ouvre au demandeur français qu'une simple faculté et n'ouvre pas à son profit une compétence impérative exclusive de la compétence indirecte d'un tribunal étranger déjà saisi et dont le choix n'est pas frauduleux.

¹¹²⁵ C. cass. 1re civ., 28 mars 2006, *AJ Fam.* 2006, comm. 133, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE

¹¹²⁶ Cass. 1re civ., 23 mai 2006, n° 04-12.777, FS-P+B+R+I : *Juris-Data* n° 2006-0333606 ; *AJ Fam.* 2006, comm. 199, note M. FARGE ; *JCP G* 2006, II, 10134, note P. CALLÉ ; *D.* 2006, inf. rap. p. 1561, obs. L. GALLMEISTER ; *D.* 2006, p. 1846, chron. B. AUDIT ; *JDI* 2006, p. 1377, note C. CHALAS ; *AJF* 2006, p. 324, note A. BOICHÉ ; *Rev. Lamy civ.* 2006, n° 2152, note G. MARRAUD DES GROTTES.

¹¹²⁷ C. cass. 1re civ., 22 mai 2007, n° 04-14.716, Banque de développement local (BDL) c/ SARL Fercométal : *Juris-Data* n° 2007-038915 ; *D.* 2007, *act. jurispr.* p. 1496, obs. Gallmeister ; *JCP G* 2007, *actu.* 258 ; obs. Chabert ; *Gaz. Pal.* 1-2 juin 2007, note Niboyet

926. Ainsi, en conclusion, la réponse concernant l'intervention du juge français afin de modifier une décision marocaine en matière de garde paraît positive, la décision du juge marocain, compétent en application de la Convention franco-marocaine pour prononcer le divorce et statuer sur la garde de l'enfant parce que le litige se rattache de façon suffisamment caractérisée à son pays ne fait pas obstacle à la recherche de sa compétence directe par le juge français pour modifier cette décision relative à la garde. En effet, cette compétence du juge marocain, qui lui a permis de statuer et de voir sa décision reconnue en France, n'est qu'une compétence indirecte.

927. Il est certain qu'en matière de garde ainsi que d'exercice de l'autorité parentale, les deux systèmes juridiques français et marocain ne partagent guère la même conception. Cela revient toujours à la définition et au fonctionnement de la famille dans chacun de ces deux pays. Malgré l'existence de la convention franco-marocaine, l'harmonisation paraît lointaine et inaccessible tant que l'exercice de l'autorité parentale obéit à deux fondements très différents. Si au Maroc, la tâche de cet exercice n'est attribuée qu'au père considéré comme seul responsable de l'enfant comme l'exige la conception islamique de la famille, cela n'est guère le cas en France puisque l'égalité de l'exercice de l'autorité parentale entre les deux parents est considérée comme un droit fondamental ne tolérant aucune entrave sous peine d'éviction par le garde fou qu'est l'ordre public.

B- L'égalité dans l'exercice de l'autorité parentale entre les parents, droit fondamental imposé par la Convention européenne des droits de l'Homme

928. La question de l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale, en tant que principe fondamental de l'ordre juridique français, n'a été tranchée par la Cour de cassation que récemment, grâce à un arrêt du 4 novembre 2010¹¹²⁸. C'est la

¹¹²⁸ C. cass. 1ère ch. civ., 4 novembre 2004, *Gaz. Pal.*, 05 février 2011 n° 36, p. 16 comm. M. EPPLER; *JDI*, 2011, pp. 124-134, note I. BARRIÈRE-BROUSSE; *Rev. Lamy Droit Civil*, 2011, p. 46, note J. GALLOIS; *R.*, 2011, p. 1374-1382, comm. F. JAULT- SESEKE; *R.T.D. civ.* 2011, p. 115-117, note J. HAUSER; M.-C. MEYZEAUD- GARAUD, « Un jugement étranger de divorce contraire à l'égalité parentale ne remplit pas les conditions de régularité internationale », *AJ Fam.*, 2011, pp. 23-25; *La lettre Omnidroit*, « Jugement de divorce étranger : égalité des parents et respect de la vie privée et familiale », 24/11/2010, p. 12-13.

première fois que la haute juridiction consacre l'égalité des parents dans l'exercice de l'autorité parentale comme droit fondamental faisant partie de la conception française de l'ordre public international¹¹²⁹.

929. En l'espèce, un couple de nationalité française s'était installé aux États-Unis où l'épouse a obtenu un jugement de divorce définitif le 17 octobre 2003. L'époux, revenu en France, avait saisi en août 2002 le juge aux affaires familiales de Meaux d'une requête afin de divorcer, à laquelle l'épouse avait opposé une exception d'incompétence, puis une fin de non-recevoir tirée du jugement de divorce obtenu au Texas. La Cour de cassation avait d'ailleurs été saisie une première fois de ce litige : elle avait alors estimé que la fin de non-recevoir tirée d'un jugement étranger était recevable même devant le magistrat conciliateur afin de contester la compétence de celui-ci¹¹³⁰. L'épouse n'avait donc plus qu'à obtenir de la cour la reconnaissance du jugement étranger. Or, la cour d'appel de Paris refusera la reconnaissance, refusera la fin de non-recevoir et renverra les parties devant le tribunal de Meaux afin qu'une ordonnance de non-conciliation soit – enfin – rendue. Afin que la boucle soit bouclée, l'épouse formera un ultime pourvoi en cassation. Ce pourvoi s'articulera autour de cinq moyens, dont quatre sont liés à la reconnaissance du jugement étranger dans ses conséquences relatives aux époux. Le dernier se fondera sur la reconnaissance des dispositions des mesures liées aux enfants, supposées être dissociables du reste de la décision. La Cour de cassation sera intraitable et donnera, cette fois-ci, raison à l'époux. Négligeant de répondre aux quatre premiers moyens, la Cour de cassation approuvera la cour d'appel d'avoir considéré les mesures prises par le juge texan relatives aux enfants contraires aux « principes essentiels du droit français », donc à la conception française de l'ordre public international, et affirmera que le jugement étranger ne pourra être reconnu en France dans son intégralité.

930. La décision de la Cour de cassation est intéressante. En premier lieu, elle constitue une première jurisprudentielle consacrant l'exercice conjoint de l'autorité parentale au rang des principes essentiels du droit français. La référence à la vie privée et familiale, tirée des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, est moins originale mais toute aussi importante.

¹¹²⁹ M. PELLERIN, note sous C. cass. 1ère ch. civ., 4 novembre 2004, précitée.

¹¹³⁰ C. cass. 1ère ch. civ, 10 mai 2007, *Gaz. Pal*, 25 novembre 2008, p. 44-45, comm. M. EPPLER.

Le jugement étranger permettait à la mère de jouir de droits extrêmement larges vis-à-vis des enfants contrairement au père qui se retrouve avec une réduction de ses mêmes droits. Il ne pouvait plus intervenir et s'opposer aux décisions de son ex-épouse concernant l'avenir de leurs enfants. Le père s'est retrouvé à subir des contraintes dans l'exercice de son droit de visite et d'hébergement en France sous des conditions inacceptables : alors qu'il avait en France une nouvelle compagne et un autre enfant, une injonction du juge américain lui imposait de ne voir ses enfants qu'en l'absence de sa nouvelle famille. Tous ces éléments permettent de conclure que la référence à l'ordre public international s'imposait pour que les droits du père ne soient pas réduits à néant. La Cour de cassation a, grâce à cet arrêt, consacré, sur le plan international, l'exercice conjoint de l'autorité parentale, officialisé par la réforme de 2002.

931. En second lieu, cette décision surprend dans la mesure où la contrariété à l'ordre public en matière d'autorité parentale empêche le jugement étranger d'être reconnu en France dans son intégralité. En effet, et ainsi que le soulevait la demanderesse au pourvoi, les mesures liées aux enfants répondent à des règles de compétence internationale différentes de celles liées aux époux¹¹³¹. De surcroît, en refusant un exequatur partiel de la décision, la Cour de cassation enjoint aux parties de reprendre devant le juge français un litige suspendu pendant huit ans pour des raisons de compétence internationale. Il est vrai, cependant, que la cour de Paris avait relevé de nombreuses irrégularités dans la décision étrangère, qui auraient pu amener la Haute cour à rejeter le pourvoi sur ses cinq moyens.

932. Néanmoins, la décision de la Cour mérite l'approbation puisque ses juges ont préféré limiter sa réponse au moyen relatif aux enfants, ce qui met en évidence sa solution en ne la noyant pas dans la masse des autres réponses qu'elle aurait pu apporter.

À vrai dire, la Haute juridiction pourrait trancher dans le même sens dans les cas concernant les jugements marocains accordant l'exercice de l'autorité parentale au

¹¹³¹ Voir., sur ce point les art. 3 et 8 du Règlement Bruxelles II bis

seul père qui reste aussi le seul tuteur de l'enfant après la séparation du couple. Dans tous les cas, la mère ne peut exercer tous ses droits vis-à-vis de l'enfant et la répartition de ces derniers, reste inégalitaire au point de vue de l'ordre public international français.

933. L'égalité entre les parents dans l'exercice de l'autorité parentale n'est pas seulement consacrée par la loi du 4 mars 2002 mais aussi par l'article 5 du protocole 7 de la Convention européenne des droits de l'homme traitant de « l'égalité des droits et des responsabilités entre époux entre eux mais aussi entre les enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ». Ainsi, il est facile d'en déduire « le souhait que les responsabilités parentales soient exercées conjointement dans tous les cas, l'exercice unilatéral étant seulement admis si l'intérêt de l'enfant le commande »¹¹³². De plus, nul ne peut douter de la vocation de la Convention à s'appliquer dans tous les problèmes relatifs à la garde depuis la décision du 23 juin 1993, *Hoffman c. Autriche*¹¹³³.

934. Il est aisé de croire que le juge français peut écarter la décision marocaine et ses dispositions en matière de garde et de responsabilité parentale et cela est encore plus aisé quand il sait que dans le cas de mariage mixte entre un Marocain musulman et une étrangère non musulmane, le juge marocain tient un raisonnement discriminatoire tendant à garantir que l'enfant aura une éducation conforme à la religion musulmane. Il est vrai qu'une des réformes introduites par le Code marocain de la famille permet, aujourd'hui, à la mère non-musulmane d'avoir la garde des enfants. Mais il ne faut oublier que ce droit doit obéir à des conditions strictes telles que la garantie que la mère doit fournir pour élever l'enfant selon les conceptions musulmanes sous peine de voir sa garde retirée à la faveur du père. Ces conditions ne peuvent être considérées acceptables devant un juge français vu leur caractère discrétionnaire. La mère non musulmane n'a aucun droit pour décider de l'orientation religieuse de l'enfant. Cela s'inscrit encore une fois, dans la conception des relations familiales telle qu'elle est perçue par le droit marocain et dans cette répartition qui laisse le soin au père de prendre la responsabilité de l'enfant, essentiellement les

¹¹³² S, GRATALOUP, *L'enfant et sa famille. dans les normes européennes*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, Bibl. dr. privé, t. 290, spéc. n° 508 et s.

¹¹³³ D., 1994, 326 note *JCP*, 1994, I, 3742, n° 38 obs. F. SUDRE.

décisions concernant son éducation et son orientation religieuse, chères aux juges marocains qui les considèrent comme un élément essentiel entrant dans ce qui constitue l'intérêt de l'enfant.

935. Dans ce cas aussi, l'affaire Hoffman est une importante référence, puisque c'est à cause de l'appartenance religieuse de l'épouse que les autorités autrichiennes justifiaient le refus d'accorder la garde des enfants à la mère. Ainsi, le mode de vie, la religion de l'un des époux ne doivent plus constituer une justification pour le priver du droit d'exercer l'autorité parentale sur ses enfants, ainsi que du droit de garde ou de visite et d'hébergement. Il est vrai que cela ne peut être simple à appliquer, ces principes peuvent aisément atteindre leur limite puisque les décisions se fondent essentiellement et dépendent largement des faits mais « la Cour européenne, tout en élargissant le champ de liberté du droit national, déplace ses exigences de fond vers la procédure. Faute de certitude quant au fond parce qu'il y a trop de paramètres de faits, on insiste sur la façon de procéder du juge national qui doit trancher l'affaire »¹¹³⁴.

936. Donc, pour ce qui est de la loi marocaine, il est possible de comprendre que le juge français la considère comme contraire à l'ordre public international français puisqu'elle a un caractère discrétionnaire favorisant le mari marocain par rapport à la mère étrangère non-musulmane au seul motif d'assurer une éducation des enfants conforme à la religion musulmane. Le juge marocain prohibe toute tentation de détourner l'enfant de la religion de son père. Toute notion de liberté de culte ou de choix autre que celui de l'Islam est prohibée et considérée comme une atteinte à l'intérêt de l'enfant. Cette crainte de détournement de l'enfant de sa religion musulmane n'intervient pas seulement dans le domaine de l'exercice de l'autorité parentale et la garde mais touche un autre domaine, celui de la kafala. Certes, la kafala ne fait pas partie des effets du mariage mais son étude permet de comprendre le choc entre les systèmes français et marocain dans le cadre de la cellule familiale.

¹¹³⁴ J. HAUSER, « L'égalité des parents en cas de séparation », in *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH*, dir. Sudre, Bruylant, 2002, p. 315.

Paragraphe II: L'institution de la kafala face au droit international privé

937. La kafala, est une institution du droit musulman très particulière qui entretient des liens difficiles avec le droit français¹¹³⁵ en raison de son originalité. La kafala a le mérite de poser des questions intéressantes quant à sa réception en tant qu'institution étrangère inconnue de l'ordre juridique français et aux capacités des règles du droit international privé de l'appréhender malgré son originalité. Contrairement aux autres institutions de droit musulman telle la polygamie ou la répudiation, la kafala ne choque pas l'ordre juridique français et elle est considérée comme une mesure de protection de l'enfance respectant les valeurs du for. La difficulté concernant sa réception ne se positionne pas sur le créneau des chocs entre valeurs des deux systèmes ayant une vision différente des relations familiales mais sur sa définition et sa qualification. Elle concerne le fonctionnement même des règles du droit international privé et sa capacité de répondre à son fonctionnement sur un territoire qui la méconnaît.

938. Comme la polygamie et la répudiation, la kafala en tant qu'institution étrangère déclenche les règles du droit international privé, il faut l'insérer dans une des classifications des institutions françaises pour laquelle elle n'a pas été pensée. Et si la polygamie et la répudiation ont trouvé leur place dans l'ordre juridique français, le caractère inconnu de la kafala de l'ordre juridique du for, rend l'application des règles de conflit beaucoup plus compliquée puisqu'elle impose en premier lieu de comprendre ce qu'est cette institution avant de pouvoir déterminer les règles auxquelles elle doit être soumise¹¹³⁶.

939. Le problème que pose la réception de la kafala par l'ordre juridique français se pose dès le stade de la qualification. Rappelons que cette opération est essentielle dans le raisonnement conflictualiste. La qualification permet de déterminer à quelle catégorie de rattachement appartient la question litigieuse quand il est question de

¹¹³⁵ É. KERCKHOVE, « Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle », *Pett. Aff.*, 10 juill. 2012 n°137, p. 5

¹¹³⁶ S. SANA-CHAILLE de NERE, « La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala », in « La kafala et le droit international privé : besoin de qualification », *RJPF* n° 1, Janvier 2009, dossier 7 p. 34.

litige présentant une situation juridique internationale. Autrement dit, lorsqu'il existe un élément d'extranéité, plusieurs lois sont potentiellement compétentes pour régir la situation.

940. Si, en effet, la qualification est erronée, cela implique que le facteur de rattachement utilisé ne sera pas le bon et l'application sera faite d'une loi non compétente. Donc il faut en premier, préciser dans quelle catégorie de rattachement, la kafala peut s'insérer afin de connaître la loi applicable à cette institution. Dans la plupart des cas, l'opération s'avère simple mais, dans certaines hypothèses, elle n'est pas si évidente. Si au Maroc la catégorie du statut personnel englobe tout ce qui concerne la famille, c'est-à-dire non seulement le mariage, le divorce et leurs effets mais aussi les régimes matrimoniaux et la succession, en droit français la catégorie n'est pas aussi large. Ainsi les régimes matrimoniaux qui, bien que très liés au mariage, n'entrent pas dans le statut personnel. Depuis le seizième siècle, ils sont qualifiés de contrats et entrent, de ce fait, dans la catégorie des obligations¹¹³⁷. De la même manière, les questions successorales sont classées, en France, dans la catégorie du statut réel et non dans la catégorie du statut personnel. L'opération de la qualification n'est pas la même dans tous les systèmes et l'exemple du droit marocain et du droit français est significatif, ce qui explique bien l'importance d'un tel exercice dans la détermination de la loi applicable. Néanmoins, c'est selon les concepts du for que l'opération de qualification doit être menée, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation dans l'un des arrêts les plus fameux du droit international privé, l'arrêt Caraslanis, rendu le 22 juin 1955¹¹³⁸.

941. L'opération de la qualification, de ce fait, est primordiale, mais face à la kafala, elle s'avère très compliquée en raison du caractère inconnu mais aussi ambigu de l'institution et essentiellement le fait qu'elle ne peut être assimilée, de manière parfaite, à aucune des institutions du droit français. Voilà un cas très original qui met à rude épreuve les règles du droit international privé confrontant le juge français à une situation inconnue et incomprise. Il est face à une qualification tellement difficile

¹¹³⁷ Adoptée en droit international privé français à la suite de la consultation donnée par Dumoulin aux époux de Ganey, en 1525, la solution a été confirmée par la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux

¹¹³⁸ B. ANCEL, Y. LEQUETTE, Grands arrêts du DIP, n°27.

qu'il est possible qu'il soit tenté de ne pas y procéder et d'appliquer « arbitrairement la loi du for ou la loi d'origine de l'institution »¹¹³⁹. Le juge se trouve alors devant deux possibilités: Soit il considère que la kafala est une institution spécifique aux pays qui l'ont créée et donc elle ne peut être soumise qu'à sa loi. Soit il la détache de l'ordre juridique dont elle est originaire et considère qu'elle rentre dans une catégorie plus large, soumise à des règles de conflit spécifiques. Ainsi, son appréhension sera plus aisée par les ordres juridiques étrangers.

942. Il semble, en définitive, que la solution la plus adéquate est d'adopter cette seconde approche et cela pour différentes raisons. Le juge quand il est confronté à cette institution, l'est non seulement par rapport à sa réception mais aussi pour connaître de ses conditions de validité et lui faire produire des effets. Si cette institution n'a été le fruit que d'un ordre juridique cela pourra donner un raisonnement intuitif. Ainsi si la kafala n'était qu'une institution purement et seulement marocaine, le juge français lui appliquera la loi marocaine au sens qu'elle est établie pour les ressortissants marocains. Mais ce n'est pas toujours le cas puisque la question se pose si la situation présente une kafala établie entre un kafil marocain et un makfoul algérien par exemple. Les deux lois marocaine et algérienne sont en compétition pour connaître de la validité des conditions de formation de la kafala et de ses effets. La question se pose aussi dans le cas où il existe un élément français c'est à dire, le kafil est de nationalité française, de confession musulmane et a le désir de prendre un enfant marocain en kafala sachant que sa confession lui permet d'accéder à ce droit et non sa nationalité. Et si les deux parties sont résidents sur le territoire français, est-ce que la loi de la résidence est apte à être compétente? Des questions à laquelle le juge français se trouve dans l'obligation de répondre et « l'actualité récente nous a montré que de telles questions pouvaient parfaitement être soulevées devant un juge français »¹¹⁴⁰. Ainsi, comme la kafala est une institution religieuse, elle dépasse le cadre d'une loi d'un seul pays dont elle a l'origine. Plusieurs lois peuvent prétendre à la compétence pour régir les questions posées par elle, ce qui explique la nécessité de procéder à une qualification pour faire jouer la règle de conflit.

¹¹³⁹ S. SANA-CHAILLE de NERE, op. cit., p. 35.

¹¹⁴⁰ *Ibid.*

943. Il est certain que la procédure de la qualification ne peut s'accomplir qu'après une bonne compréhension de ce qu'est l'institution inconnue afin de déterminer la catégorie de rattachement qui lui est plus adéquate. Comprendre la kafala ne veut pas dire apporter une traduction pure et simple et essayer de lui trouver dans l'ordre juridique français l'équivalent exact parmi les institutions du for. Il ne faut occulter le fait qu'elle reste une institution complètement inconnue des concepts nationaux du for ce qui donnera lieu à un risque certain de la pervertir¹¹⁴¹. C'est une bonne raison pour ne pas tomber dans le piège de la facilité et la traduire par une adoption, une délégation de l'autorité parentale ou une tutelle puisque ces dernières institutions ne poursuivent pas le même but que la kafala. Il s'agit seulement de déterminer si, « eu égard à ses caractéristiques principales, la kafala est avant tout une relation interpersonnelle, si elle est plutôt une forme d'organisation patrimoniale ou si elle est, comme cela a été évoqué, un contrat »¹¹⁴². Cette analyse seule permettra de faire entrer la kafala dans le statut personnel, dans le statut réel ou encore, pourquoi pas, dans le statut contractuel et pour arriver à accomplir cette qualification il faut non seulement comprendre ce qu'est la kafala et à quoi elle tend mais aussi comprendre, parmi les institutions françaises, celle(s) dont elle se rapproche le plus. Le juge français n'a qu'une possibilité qui s'offre à lui, c'est d'effectuer un rapprochement entre ce qu'il comprend de la kafala et de ses propres institutions ce qui lui permettra de prendre la décision adéquate du choix de la catégorie de rattachement, et, au sein d'une catégorie large comme le statut personnel, si elle est retenue, de déterminer si cette institution relève davantage de la filiation ou de la protection des mineurs par exemple¹¹⁴³. Seule une qualification adéquate permettant à la règle de conflit de jouer au mieux son rôle, apporte une réponse aux conflits produits par la kafala face au juge français (I) afin de permettre à ce dernier de mieux appréhender tous les éléments qui l'entourent qu'il s'agisse de ses conditions de validité, ses effets et même de sa fin, la rupture du lien de kafala entre le kafil et le makfoul (II).

¹¹⁴¹ Ainsi de la tentative de traduction de la kafala en adoption, fût-elle simple, par certaines juridictions françaises : CA Reims, 2 déc. 2004 et CA Toulouse, 15 févr. 2005, arrêts cassés par Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2006 : *JurisData* n° 2006-035303 ; JCP G 2007, II, 10072, note M. Farge ; *Defrénois* 2007, p. 307, note J. Massip ; *Defrénois* 2006, p. 132, note Revillard ; D. 2007, p. 816, note H. Fulchiron.

¹¹⁴² S. SANA-CHAILLE de NERE, op. cit., qui note l'analyse proposée par M. le recteur de la mosquée de Bordeaux lors de son intervention, note 8 p. 36.

¹¹⁴³ S. SANA-CHAILLE de NERE, op. cit., n°8, p. 36.

I- La qualification de la kafala en droit international privé français

944. Il faut rappeler que la kafala peut être définie comme l'engagement par le titulaire de ce droit, le kafil, d'assurer bénévolement l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, le makfoul, au même titre que le ferait un père pour son fils, sans créer un quelconque lien de filiation¹¹⁴⁴. L'accueil d'une institution telle que la kafala doit obligatoirement passer par le procédé de la qualification. Cette opération paraît indispensable non seulement en droit international privé mais aussi en droit civil puisque « ces branches du droit sont en charge du lien entre l'individuel et le collectif familial et que cette insertion dans un système ne peut se faire au coup par coup. Une chose est d'apprécier un lien pour lui faire produire une conséquence individuelle, autre chose est de l'apprécier pour entraîner l'application des articles 310-1 à 405 du Code civil, soit plus de cent articles et encore en comptant au plus juste »¹¹⁴⁵. Cela montre bien l'importance du procédé vu les enjeux. Il paraît donc impossible, quelles que soient les difficultés, de passer outre la détermination de ce qu'est la kafala mais aussi de ce qu'elle n'est pas. Et la première chose à mettre en évidence c'est que la kafala n'est pas une adoption. La traduction faite par des juges français en ce sens lors de la qualification de l'institution n'a pu avoir va à l'encontre des règles du droit international privé, puisqu'elle ne respecte ni l'institution ni l'ordre juridique qui l'a créée (A). La solution peut se trouver ailleurs dans d'autres institutions si le juriste français tente au lieu, de trouver une équivalence de l'institution dans son ordre juridique, de chercher des rapprochements avec les instruments qu'il a à sa disposition (B).

A- La kafala ne peut se transformer en adoption

945. La position de la Cour de cassation est très claire aujourd'hui, la kafala n'est pas une adoption, les cours d'appel qui l'ont mal qualifié en prononçant l'adoption d'un mineur maghrébin confié en kafala se sont vu censurées pour violation de l'article 370-3, alinéa 2, du Code civil : en statuant ainsi, alors qu'il ressort de leurs propres constatations, que la loi étrangère interdit l'adoption, que la kafala n'est pas

¹¹⁴⁴ Supra n°475, n°505 et s.

¹¹⁴⁵ J. HAUSSER, Dossier « La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala L'imagination juridique française », *RJPF.*, n° 1, Janvier 2009, dossier 11 p. 52.

une adoption et que, par ailleurs, le mineur n'était pas né et ne résidait pas habituellement en France, ces cours ont violé l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil¹¹⁴⁶. À vrai dire cet article est assez clair « L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ». Ainsi la transformation de la kafala en adoption paraît tout simplement impossible et cela pour trois raisons. Premièrement, pour la simple raison mais qui reste conséquente, la loi de l'enfant interdit l'adoption. Deuxièmement, la kafala ne peut être définie comme une adoption puis troisièmement, l'exception permettant d'adopter un enfant dont la loi est prohibitive ne s'applique que si l'enfant est né en France et y réside¹¹⁴⁷. La jurisprudence reste constante, refusant tout rapprochement de la kafala et de l'adoption¹¹⁴⁸, même simple¹¹⁴⁹, ni par voie d'assimilation, ni par voie de transformation¹¹⁵⁰.

946. La réponse jurisprudentielle met un terme à toute tentative de garder tout rapport entre la kafala et l'adoption. Toutes les tentatives de transposition en comparant la kafala à l'adoption afin de chercher si elle s'apparente à une espèce d'adoption ou de transformation en voulant tout simplement remplacer la kafala par une adoption sont écartées. La qualification de cette institution ne peut permettre de telles opérations qui non seulement défigurent la kafala mais aussi l'éloignent du but qu'elle doit accomplir. M. Murat ajoute que la transformation est impossible non seulement « au regard des dispositions des pays de droit musulman classique »¹¹⁵¹

¹¹⁴⁶ Voir. les deux décisions de principe : Cass. 1re civ., 10 mai 2006 : *Dr.fam.* 2007, comm. 96, note M. Farge ; *JCP G* 2007, II, 10072, note M. Farge ; *D.* 2007, p. 816, obs. H. Fulchiron ; *Defrénois* 2007, p. 133, note M. Révillard ; p. 307, note J. Massip ; *AJF* 2007, p. 32 obs. A. Boiché ; *RJPF* 2007-1/35, note M.-C. Le Bourcicot ; *JDI* 2007 comm. 11, p. 564, note C. Brière. – Adde pour une confirmation récente : Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, *Dr.Fam.* 2008, comm. 133, note M. Farge ; *Defrénois* 2008, p. 2181, note M. Révillard ; *AJF* 2008, p. 394, obs. A. Boiché.

¹¹⁴⁷ Article 370-2 du C. civ.

¹¹⁴⁸ Civ. 1re, 10 oct. 2006, n° 06-15.264, *AJ Fam.* 2007. 32, obs. A. Boiché ; *RDSS* 2006. 1098, obs. C. Neirinck ; Civ. 1re, 10 oct. 2006, n° 06-15.265, *D.* 2006. 2623 ; *ibid.* 2007. 816, chron. H. Fulchiron ; *ibid.* 1460, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ Fam.* 2007. 32, obs. A. Boiché ; *RDSS* 2006. 1098, obs. C. Neirinck ; *JDI* 2007. 564 note C. Brière, *Defrénois*, 2007/4. 307, note J. Massip, *JCP G* 2007. II. 10072 note M. Farge, *RJPF* 2007/1. 22 obs. M.-C. Le Boursicot ; Civ. 1re, 9 juill. 2008, préc. ; Cass. civ. 2e, 11 juin 2009, *Dr. Fam.* 2009/9. 40 obs. A. Devers : ainsi, le kafil ne remplit pas les conditions pour bénéficiaire du versement de l'allocation de base de la prestation d'accueil du jeune enfant pendant une durée de trois ans à compter de son arrivée au foyer.

¹¹⁴⁹ Cass. civ. 1re, 10 octobre 2006, n° 06-15.265, préc. ; Civ. 1re, 28 janv. 2009, n° 08-10.034, *D.* 2009. 501 ; *AJ Fam.* 2009. 170, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2009. 308, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2009/4. 28, obs. T. Garé ; Colmar, 7 octobre 2008, n° 07/00461

¹¹⁵⁰ F. MARCHADIER, Du juge compétent pour ordonner le retrait d'une kafala et en arrêter les modalités, *Rev. crit. DIP*, 21/11/2011

¹¹⁵¹ P. MURAT, *op. cit.*, n° 2, p. 37.

mais aussi au regard des textes du droit français, « tout cela paraît rigoureusement exact »¹¹⁵².

947. Ainsi, la solution est définitive et n'ouvre aucune porte à la discussion. Mais chez beaucoup de juristes elle reste insatisfaisante, puisqu'il y'en a qui restent adeptes de la transformation de la kafala en une adoption au nom de la primauté des droits de l'enfant. Ainsi, est ce que l'intérêt de l'enfant justifie-t-il de remplacer la kafala par l'adoption à chaque fois que le juge français est face à un enfant abandonné et qui a été remis grâce à la kafala à des parents qui l'enlèvent depuis son jeune âge en France¹¹⁵³? Est-ce que la kafala n'est pas suffisante pour assurer cet intérêt? Est-ce que la solution traitée comme radicale,¹¹⁵⁴ est à l'encontre des droits de l'enfant et porte-t-elle atteinte à son intérêt? La réponse à toutes ces questions trouve son essence dans le simple fait que la kafala n'est pas un moyen d'adoption et que l'institution, malgré la similitude des buts qu'elle désire atteindre n'est pas et ne peut pas être une forme d'adoption (1) et c'est ce que retient non seulement la législation française mais aussi européenne (2).

1- La kafala n'est pas une adoption

948. Comme il a été traité précédemment, l'adoption est interdite au Maroc. C'est une institution qui n'existe pas dans l'ordre juridique marocain pour des raisons strictement religieuses¹¹⁵⁵. Ainsi, le droit marocain, respectant les préceptes du droit musulman prohibe toute tentative de transmettre une filiation à un enfant qui en est dépourvu ou qui a déjà une filiation connue. Mais il faut comprendre que le sort de l'adoption n'était pas si différent dans les pays catholiques qui ont été pendant longtemps défavorables à l'adoption, alors pourtant que Rome leur avait transmis une sérieuse tendance en sa faveur. La tradition était donc contradictoire¹¹⁵⁶. Cette

¹¹⁵² *Ibid.*

¹¹⁵³ Comme le note M. P. Murat: « L'arrêt de la Cour de cassation du 9 juill. 2008 (préc.) montre parfaitement que la haute juridiction est parfaitement insensible à la particularité de cette situation et ce sont ces situations pour lesquelles notre règle de droit paraît devoir être modifiée, tant elles paraissent différentes des situations où l'enfant, pourvu d'une famille est confié à certains membres de cette famille. ou à des proches résidents en France ». P. MURAT, op. cit., note n°2, p. 37.

¹¹⁵⁴ P. MURAT, op. cit., p. 37.

¹¹⁵⁵ *Supra* n°, 465 et s.

¹¹⁵⁶ J.-Ph. LÉVY et A. CASTALDO notent très justement (*Histoire du droit civil*, Dalloz 2002, n° 138) : « en matière d'adoption, le Code civil n'a pu s'appuyer sur de solides précédents ».

hostilité reposait sur les conséquences éventuelles de l'adoption : « Dieu seul fait des héritiers, l'homme non »¹¹⁵⁷. Ainsi, il est à remarquer que les mêmes craintes concernant la question successorale se posaient dans les sociétés catholiques. Cette obsession de la préservation de la filiation ainsi que de l'héritage que le droit musulman et les juristes marocains ont, n'est sûrement pas une particularité à l'origine mais le fruit d'une certaine évolution. Elle l'est devenue après que les sociétés catholiques et notamment françaises se sont codifiées grâce au Code civil « qui, soucieux de catégories et d'un contrôle familial qui suppose des principes liés aux questions de l'adoption et qui vas réintroduisant la dimension successorale. L'adoption du Code civil n'est qu'un droit de choisir ses héritiers quand on n'en a pas et l'on sait que seul Bonaparte en fut partisan, Malleville et Tronchet s'y étant vigoureusement opposés »¹¹⁵⁸.

949. Reste que l'adoption telle qu'elle est dans l'ordre juridique français, permet la création d'un lien de filiation, que ce lien soit nouveau, concurrent ou remplaçant, il permet aussi de créer un droit de succession et la kafala est loin d'avoir ces effets, elle tend même à les éviter. Elle ne modifie pas la filiation et elle ne crée aucun lien de succession entre le kafil et le makfoul.

950. Il est certes concevable de comprendre l'éloignement entre l'adoption plénière et la kafala. Cette forme d'adoption est régie par l'article 356 du Code civil qui dispose que « l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang sous réserve des prohibitions au mariage... ». Ainsi l'adoption plénière qui est une adoption complète coupe par ce fait tout lien entre l'adopté et sa famille par le sang, elle le coupe aussi de tout rapport avec ses origines pour créer un lien de filiation exclusif avec sa nouvelle famille. Elle permet à l'enfant adopté de s'intégrer totalement dans sa famille d'adoption et il a les mêmes droits et obligations qu'un enfant biologique.

951. La kafala ne poursuit nullement ce but, elle n'assure pas cette intégration entre le makfoul et sa famille d'accueil, l'institution a été justement créée pour éviter qu'un

¹¹⁵⁷ J. HAUSSER, op. cit., *Dr. Fam.* n° 1, Janvier 2009, dossier 11 p. 51. Le même argument trouve écho dans la religion musulmane.

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 52

lien de filiation ne se construise entre l'enfant recueilli et le recueillant ; ce principe est historiquement apparu pour pallier l'absence d'adoption, qui présentait l'inconvénient de prohiber les liens du mariage entre l'adoptant et un membre de la famille de l'adopté ou réciproquement. Le droit marocain exige le respect du droit de l'enfant de connaître ses origines, le makfoul garde son identité intacte et n'est guère concerné par les rapports et les effets créés par la filiation dans la famille d'accueil. Ainsi l'assimilation de la kafala avec l'adoption plénière ne peut être possible puisque cette dernière remplace les effets de la première filiation par ceux de la seconde avec toutes les conséquences qui la caractérisent.

952. Reste l'adoption simple, cette forme est plus proche de la kafala sur un point et un seul : elle permet à l'adopté de garder les liens avec sa famille d'origine. L'enfant peut garder son nom de famille. Ainsi, elle laisse subsister le lien de filiation avec la famille par le sang. Mais la ressemblance entre l'adoption simple et la kafala s'arrête à ce point. En effet, l'article 366 du Code civil dispose que « le lien de parenté résultant de l'adoption s'étend aux enfants de l'adopté ». Le lien de filiation se crée même si, en apparence, l'enfant garde des rapports avec ses origines et d'autant plus que ce lien a comme conséquence le droit de succéder qui apparaît alors comme le noyau dur de la filiation.

953. L'incompatibilité avec la kafala ne s'arrête pas seulement à la question de filiation ou celle du droit de succession mais concerne aussi les conséquences quant à l'autorité parentale. L'adoption qu'elle soit simple ou plénière permet un transfert de la totalité de l'autorité parentale à l'adoptant, sous la seule exception de l'adoption par le conjoint parent par le sang. Ce transfert n'est pas prévu dans les effets de la kafala.

954. Il est possible de débattre les différents points soulignés et de revenir sur plusieurs de ces questions. Il est vrai que la kafala permet la transmission des biens puisqu'elle crée un lien privilégié entre le kafil et le makfoul. Elle produit des effets souples en ce qui concerne l'exercice de l'autorité parentale mais l'essentiel manquera

toujours puisque « la création d'un lien de filiation est impossible à envisager, que ce lien fût ou non exclusif du lien de filiation originel »¹¹⁵⁹.

955. L'assimilation de la kafala à une adoption simple a été pratiquée par la jurisprudence française dès le début des années 1980. La doctrine ainsi que les juges français étaient favorables à l'exercice afin de permettre au makfoul de devenir un adopté. Ainsi la Cour de cassation a estimé lors d'une demande d'adoption pour déterminer quelle loi devait être appliquée, que « les conditions comme les effets de l'adoption sont régis, lorsque l'adoption est demandée par une seule personne, par la loi nationale de celle-ci, la loi de l'enfant devant seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté »¹¹⁶⁰. Un autre arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} mai 1995 a jugé que deux époux français pouvaient adopter un enfant dont la loi personnelle ne connaissait pas ou prohibait cette institution à la condition, qu'indépendamment des dispositions de cette loi, le représentant du mineur ait donné son consentement en pleine connaissance des effets attachés par la loi française à l'adoption. Cet arrêt s'inscrivait dans la suite de l'arrêt Torlet, qui considérait que la loi de l'enfant devait seulement déterminer les conditions du consentement ou de la représentation de l'adopté. Un autre arrêt¹¹⁶¹ du 31 janvier 1990 considérait encore que le contenu du consentement, indépendamment des dispositions de la loi de l'adopté, devait s'apprécier par rapport à la volonté expresse ou présumée de la personne qui a consenti au recueil légal. Cette pratique était encore plus simple sachant que des pays musulmans tel que le Maroc prohibant l'adoption acceptaient de confier des mineurs à des ressortissants français en toute connaissance de cause et même en demandant que ceux-ci soient titulaires d'un agrément en vue de l'adoption¹¹⁶².

956. Mais cette pratique a connu sa fin d'abord par une circulaire du ministère de la justice datant du 16 février 1999, est venue pour écarter les consentements donnés en violation de la loi personnelle de l'adopté mais qui n'a pas eu l'effet souhaité. Puis

¹¹⁵⁹ H. FULCHIRON, « Adoption sur kafala ne vaut », arrêts de Cass., 1^{ère} civ., 10 octobre 2006, art., préc., p. 819.

¹¹⁶⁰ C. Cass., 1^{ère} civ., 07 novembre 1984, Torlet, *Rev. des barreaux l'île de France*, 1 janvier 94, comm. K. SAÏDI, pp. 77-79.

¹¹⁶¹ C. Cass., 1^{ère} civ., 31 janvier 1990, Pistre, pourvoi numéro 87-15.648.

¹¹⁶² V. P. SALVAGE, *in Dr. Fam.* ; P. MURAT, (ss dir.), *Dalloz Action*, 2007, spéc. n°224-32, p. 681.

par la loi du 6 février 2001¹¹⁶³ qui a mis fin aux adoptions des enfants recueillis par kafala en France. Désormais, c'est la loi personnelle de l'enfant qui se trouve compétente. Si cette dernière prohibe cette institution, il n'est plus question de rechercher si le consentement à l'adoption du représentant du mineur a été correctement donné.

957. Mais cette loi a connu de la résistance de beaucoup de juridictions de première instance qui sont restées tenaces et ont continué d'assimiler la kafala à l'adoption simple, et ce au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹⁶⁴. Et dans une décision, restant néanmoins isolée, le Conseil d'Etat, lui aussi, semblait être séduit par le raisonnement d'équivalence entre kafala et adoption. Ainsi, concernant une demande d'annulation d'un refus de visa, il a jugé que « par cette décision juridictionnelle (jugement de kafala), l'enfant doit être regardé comme ayant fait l'objet d'une adoption, au sens des dispositions applicables en France »¹¹⁶⁵. Mais, le Conseil d'Etat est revenu aussi vite sur cette jurisprudence, en estimant dans un arrêt du 27 juin 2008 que l'institution de la kafala « qui, à la différence de l'adoption, ne crée aucun lien de filiation, n'emporte aucun droit particulier à l'accès de l'enfant sur le territoire français »¹¹⁶⁶.

958. Cette volonté d'assimiler la kafala à une adoption simple poursuivait un but légitime considérant que l'adoption simple est plus adéquate pour assurer l'intérêt de l'enfant et lui permettre une meilleure intégration non seulement dans sa famille d'accueil mais aussi dans son pays d'accueil. Reste que la solution dénature la loi étrangère et va à son encontre. Le respect de la loi de l'adopté interdit de voir dans la kafala ce qu'elle n'est pas. Le professeur Fulchiron écrit vigoureusement qu'« il n'y a d' « équivalence » entre les deux institutions ni dans leur fondement, ni dans leurs

¹¹⁶³ V. M. REVILLARD, La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale, Defrénois 2001, art. 37316, p. 333 et s. ; F. MONÉGER, « L'adoption internationale entre dans le code civil », *JCP* 2001, Actu. n° 10 ; F. Boulanger, « Une réforme médiatique mais porteuse de controverses : la codification de l'adoption internationale », *D.* 2001, Chron. p. 708 ; E. POISSON-DROCOURT, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.* 2001, Chron. p. 1404.

¹¹⁶⁴ Voir, notamment les décisions citées par M. FARGE in *JCP* G 2007, II, 10072, p. 28. – Pareille équivalence se trouvait sous la plume des juges judiciaires : Voir, par exemple CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006 : *JurisData* n° 2006-322119 ; *JCP* G 2007, II, 10073, obs. A. VERDOT : « attendu que (...) la loi algérienne qui ne connaît pas ou prohibe l'adoption plénière, connaît et prévoit sous le nom de kafala une institution aux effets similaires aux effets de l'adoption simple ».

¹¹⁶⁵ C.E. 8 juin 2005, n°221774, *JurisData* n°2005-068612.

¹¹⁶⁶ CE 27 juin 2008, *AJF* 2008, p. 342, obs. F. Chénéde.

effets. Ce serait dénaturer l'une et l'autre que d'opérer une telle confusion ». Et le même auteur poursuit un peu plus loin : « Contrairement à ce qu'avaient affirmé certains juges du fond, et même, dans une décision isolée, le Conseil d'État, il n'y a pas « équivalence » entre les institutions et le consentement donné à l'une n'équivaut pas à un consentement donné à l'autre »¹¹⁶⁷.

959. Mais comment expliquer cette insistance de la part des juges français de vouloir imposer l'assimilation de la kafala par une adoption simple. Parce qu'il est certain que le juge français a bien saisi l'idée que la kafala n'est pas une adoption.

Il est possible de croire que le juge français assimile la kafala à l'adoption simple en approchant leur finalité. Elles poursuivent globalement le même but de protection de l'enfant et de ses droits. L'article 20 de la Convention sur les droits de l'enfant¹¹⁶⁸ le montre clairement. Ainsi, l'article 20-1 dispose que « Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et une aide spéciale de l'Etat », l'article 20-3 ajoute : « Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafala de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié. Dans le choix de ces solutions, il est dûment tenu compte de la nécessité d'une certaine continuité dans l'éducation de l'enfant, ainsi que de son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique ».

Cette proximité se ressent essentiellement dans la fonction qu'accomplissent la kafala et l'adoption. Reste que malgré cette similitude, il s'agit de deux modes de protection distincts qu'il n'est pas possible de considérer que l'un est meilleur que l'autre et que de plus cette diversité crée « une situation de concurrence où la présence d'une kafala joue comme obstacle à l'adoption »¹¹⁶⁹. La question fondamentale posée par M. Murat est de savoir si « le respect de la loi nationale s'impose, y compris lorsque

¹¹⁶⁷ H. FULCHIRON, « Adoption sur kafala ne vaut, arrêts de Cass., 1ère civ., 10 octobre 2006 », art. précis., p.818.

¹¹⁶⁸ La Convention internationale des Droits de l'Enfant (CIDE), ou Convention relative aux Droits de l'Enfant, est un traité international adopté par l'Assemblée Générale des Nations Unies, le 20 novembre 1989.

¹¹⁶⁹ P. MURAT, op. cit., p. 38.

l'enfant se trouve transplanté en France et qu'il a toutes les raisons d'entretenir des liens les plus étroits avec la France, notamment parce qu'il a fait l'objet d'un abandon définitif dans son pays d'origine »¹¹⁷⁰. L'auteur s'appuie sur le principe de subsidiarité dans l'intérêt même de l'enfant posé par la Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale¹¹⁷¹. M. Murat continue en proposant l'idée que tout doit être mis en œuvre pour permettre d'aboutir à une solution dans le pays d'origine afin « qu'un déracinement géographique et culturel ne s'ajoute pas au déracinement familial » ; cette solution est-elle possible ? L'adoption internationale a-t-elle vocation à répondre au besoin de satisfaire l'intérêt de l'enfant¹¹⁷² mieux que la kafala?

960. Cette solution est très tentante et paraît répondre aux attentes de la CIDE afin de satisfaire l'intérêt de l'enfant. La kafala n'est certainement pas adaptée au pays d'accueil comme elle l'est au pays d'origine et l'absence de lien clair est source de complexité que l'adoption ne crée guère en France. Cette dernière offre une visibilité dont la kafala ne dispose pas et des droits clairs non seulement pour l'enfant adopté mais aussi pour la famille adoptive. De plus, elle garantit une intégration non seulement dans la famille d'accueil mais aussi dans la société. Dès que l'enfant arrive et s'installe en France, le lien de rattachement à son pays adoptif devient très intense. Cette intensité, est encore plus forte lorsque l'enfant est confié à un couple français après un abandon définitif et irrévocable ou lorsque l'enfant n'a pas de parents connus¹¹⁷³. « La solution qui fige l'enfant dans un statut qui ne correspond plus à son environnement socio-juridique actuel n'est pas acceptable » écrit très justement en synthèse un auteur¹¹⁷⁴.

961. Les arguments avancés par M. Murat sont très intéressants. Ainsi la kafala peut être une ouverture vers l'adoption simple quand l'enfant vient d'un pays

¹¹⁷⁰ P. MURAT, op. cit., p. 38.

¹¹⁷¹ V. P. MURAT, Conv. de la Haye, préambule et art. 4 b. – adde plus amplement, « L'évolution du droit de l'adoption en Europe » in *Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen*, D.GADBIN et F. KERNALEGUEN (ss dir.) : Bruylant 2004, p. 119.

¹¹⁷² Voir. le préambule de la Convention où les États reconnaissant « que l'adoption internationale peut présenter l'avantage de donner une famille permanente à l'enfant pour lequel une famille appropriée ne peut être trouvée dans son État d'origine ».

¹¹⁷³ Sur les possibilités ouvertes par l'abandon dans le pays d'origine comme correctif des excès de nos règles actuelles, Voir. M. Farge, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la résidence habituelle*, L'harmattan, 2003, n° 187 et s.

¹¹⁷⁴ M. Farge, note ss Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, préc.

prohibitif interdisant l'adoption et c'est ce point qui dérange. Ce passage d'une institution à une autre, même s'il est possible au nom de l'intérêt de l'enfant, reste très irrespectueux de la loi personnelle qui considère que le désir de maintenir les rapports entre l'enfant et ses origines est aussi un droit, la kafala y veille et donc ne peut être un moyen de contournement¹¹⁷⁵.

962. M. Hauser pose la question en écrivant « mais enfin que gagnera-t-on à mépriser la loi nationale en prétendant, de façon assez impérialiste, mieux apprécier que d'autres l'intérêt de l'enfant sans avouer qu'il s'agit, au fond, de procurer des enfants à adopter aux pays développés qui ne les fabriquent plus eux-mêmes... ? »¹¹⁷⁶. L'intervention est certes sévère mais la position est claire. Pourquoi mettre en péril le fonctionnement du droit international privé et du droit conventionnel au nom de l'intérêt de l'enfant tel qu'il est défini par l'ordre du for? Il ne faut oublier que la notion d'intérêt de l'enfant n'est pas la même selon sa loi d'origine ou celle de son pays d'accueil. Le droit marocain apporte un intérêt particulier au droit de chacun de connaître ses origines et considère ce droit comme une composante importante dans l'intérêt de l'enfant. L'applicabilité directe de la CIDE revient à « tuer un droit précis et équilibré, à coup de conventions vagues qui renvoient chacun à son interprétation nationale égoïste ? L'enfer est pavé de bonnes intentions »¹¹⁷⁷.

Cette solution est confirmée non seulement par la loi française via l'article 370-3 du Code civil mais elle l'est aussi par un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

2- La position du droit positif et celle de la Convention européenne des droits de l'Homme

963. Il est impératif de traiter la question à deux niveaux. Tout d'abord, voir la position du droit positif français à travers les dispositions de l'article 379-3, alinéa 2 du Code civil (a) avant de s'attaquer à celle de la Convention européenne des droits de l'homme (b).

¹¹⁷⁵ Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, préc.

¹¹⁷⁶ J. HAUSER, op. cit., n°12, p. 53.

¹¹⁷⁷ *Ibid.*

a- La position du droit français: l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil

964. Il est primordial de rappeler que l'article 370-3, alinéa 2 dispose que « L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France ». La réponse ministérielle du 21 août 2008 le confirme avec une circulaire interministérielle précisant que « cet article a vocation à s'appliquer aux mineurs recueillis par kafala dont la loi nationale ne reconnaît pas l'adoption, notamment l'Algérie et le Maroc ». C'est aussi sur le fondement de cet article que sont actuellement rendus les arrêts bloquant toute transformation de la kafala en adoption.

965. Si la transformation de la kafala en adoption est impossible c'est bien grâce ou à cause de la règle imposée par l'article 370-3, alinéa 2, du Code civil. Il est possible de dire que cet article fût le résultat d'un « dogmatisme législatif »¹¹⁷⁸ et cela peut s'expliquer par cette manière qu'a eue le législateur d'imposer la règle de manière stricte malgré la résistance de la jurisprudence qui était plutôt tolérante depuis la fin des années 80. Ainsi, il l'a rendue plus sévère à travers la loi du 6 février 2001 afin de mettre un terme à toute assimilation entre la kafala et l'adoption simple. Très clairement, il s'agit d'un cas où la loi vient combattre une jurisprudence¹¹⁷⁹. Ce texte a ôté aux juges la possibilité de statuer au cas par cas¹¹⁸⁰. Cela s'inscrit sûrement dans un choix politique et législatif clair.

966. En inscrivant le principe que « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution » et en mettant en place une exception pour le cas où le mineur est né et réside habituellement en France, le législateur français met en œuvre l'imposition de critères d'exception objectifs mais qui ne laissent au juge aucun pouvoir d'appréciation. La naissance et la résidence

¹¹⁷⁸ L'expression est d'A. BOICHÉ in AJF 2006, p. 33 et s., reprise par P. MURAT, op. cit., n°14, p. 39.

¹¹⁷⁹ Voir. B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts DIP*, p. 620.

¹¹⁸⁰ P. MURAT, op. cit., n°15, p. 39.

habituelle en France sont des conditions cumulatives. Le juge est en face d'une raideur du texte et d'une étroitesse des exceptions qui ne lui laisse aucun autre choix.

967. Cette prise de position de la France est expliquée par M. Murat¹¹⁸¹ par l'avancement de plusieurs arguments se fondant essentiellement sur le respect par la France de ses engagements internationaux, notamment la Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale. Mais les défenseurs de l'adoption simple des makfouls rappellent que le but de ladite Convention est justement de moraliser l'adoption internationale en favorisant notamment le respect du consentement à l'adoption et la recherche de la continuité du statut de l'enfant à travers les frontières¹¹⁸².

968. Mais cela ne peut être aussi simple. Malgré la noblesse de l'objectif, il reste que si l'adoption est interdite dans l'Etat d'origine de l'enfant, le consentement ne peut que faire défaut. Le problème du consentement ne peut se poser que dès qu'il s'agit d'enfants marocains pris en kafala. Ce consentement ne peut exister pour une adoption puisqu'il ne peut être exprimé ni par un particulier ni par une autorité publique à une institution que le droit marocain réprouve et interdit et que dans tous les cas, cette adoption réalisée ailleurs subira l'absence de reconnaissance au Maroc en créant ce qu'il est usuel d'appeler des adoptions « boiteuses ».

969. Ainsi le législateur français ne fait que respecter la loi étrangère en respectant la prohibition de l'adoption formulée par le droit marocain. Si les autorités marocaines ont confié pendant une longue période des enfants en vue de leur déplacement à l'étranger en toute connaissance de cause de futurs projets d'adoption¹¹⁸³, ce n'est probablement plus le cas aujourd'hui. La kafala fait actuellement l'objet de débats non seulement au sein du gouvernement marocain mais aussi de toute la société marocaine. Ainsi la circulaire du 12 septembre 2012 sur la Kafala n'en finit pas de susciter des réactions mais traduit une volonté du gouvernement de renforcer le contrôle judiciaire chaque fois que l'enfant est candidat

¹¹⁸¹ Article précité.

¹¹⁸² M. Murat rappelle que notamment l'art. 4 a) affirme que l'adoption ne peut-être prononcée que si les autorités compétentes de l'État d'origine de l'enfant ont établi que l'enfant est adoptable. P. MURAT, note n°24, p. 39.

¹¹⁸³ V. P. SALVAGE in *Dr. Fam.*, op. cit., n° 224.32, p. 681.

pour faire l'objet d'une kafala par des parents étrangers. En effet, le ministre de la justice et des libertés a adressé le 19 septembre 2012 un mémo aux procureurs du Roi officiant dans tous les tribunaux du royaume et a tenu une réunion interministérielle restreinte en présence de ses collègues des Affaires étrangères, des Affaires islamiques et de l'Intérieur pour constituer une commission de ministres afin d'examiner la question de la kafala et a décidé de mettre un cadre juridique à cette opération pour combler les lacunes existantes, surtout celles qui ont trait aux conditions de la kafala en dehors du territoire national¹¹⁸⁴.

970. Ce qui explique cette exigence de contrôle et cette sévérité envers les demandes étrangères de kafala est la place importante qu'occupe la religion de l'enfant. C'est la raison principale des refus de confier un enfant marocain à une famille française puisque selon le ministre marocain de la justice, la majorité des enfants adoptés par des non musulmans seraient poussés vers le christianisme¹¹⁸⁵. La France en refusant de transformer la kafala en adoption simple, ne fait que respecter la règle étrangère et son propre droit international privé et cela même si elle reste le seul pays européen à avoir introduit un principe prohibitif aussi sévère¹¹⁸⁶.

971. Si la position française ne fait que respecter la volonté législative marocaine vis-à-vis de l'adoption, c'est plutôt la position marocaine qui reste très discutable. C'est au nom de la religion et uniquement de cela que des familles étrangères ne peuvent avoir aucun accès à la kafala. À se poser la question si la transformation de la kafala en adoption pose problème ou si est en cause le fait que ces familles ne soient pas musulmanes. A aucun moment dans l'intervention du ministre marocain de la justice, il est fait mention du risque de transformer la kafala en adoption. La crainte essentielle du gouvernement marocain est religieuse animée par la peur que les enfants perdent leur identité musulmane et deviennent des chrétiens. Sachant qu'au Maroc, près de 5000 enfants sont abandonnés par an, mais seulement 2500 demandes d'adoption proviennent aussi bien de familles marocaines

¹¹⁸⁴ Article, journal "Akhbar Alyoum", lien en langue française: <http://www.panoramarc.ma/fr/selon-ramid-risque-devangelisation-de-30-000-enfants-marocains-dans-les-20-prochaines-annees/>, 30 octobre 2012.

¹¹⁸⁵ <http://www.bladi.net/marocains-evangelises-christianisme.html>, 4 novembre 2012

¹¹⁸⁶ V. M.-C. Le BOURSICAUT, obs. ss Cass. 1re civ. 10 oct. 2006, *RJPF* 2007, p. 22 et s.

qu'étrangères¹¹⁸⁷. L'intérêt de ces enfants selon le gouvernement et le législateur marocain, est de rester musulman même s'ils restent abandonnés et qu'ils n'ont aucune chance d'améliorer leur situation mais ils restent musulmans. Pauvres, démunis et probablement victimes de la cruauté de la rue où ils finissent majoritairement mais ils restent musulmans. Cela permet de comprendre les priorités du législateur marocain et l'importance qu'il porte à l'élément culturel et surtout religieux de l'enfant plus qu'à toute autre considération. Même si le futur foyer offre à ces enfants une protection et une chance pour avoir une meilleure vie, tant que les personnes qui le compose ne sont pas musulmanes, il n'y a pas de possibilité d'accueillir l'enfant abandonné au risque de l'éloigner de la religion de sa naissance qui est l'Islam. Cela explique la réaction de certains juges qui accordaient la kafala à des familles non musulmanes en vue de donner une chance à ces enfants mais la politique gouvernementale de M. Benkiran revient sur ces pratiques pour imposer le respect de la loi marocaine sur la kafala et refuser toute demande de kafala de famille non musulmane ce qui répond parfaitement à l'esprit du Code marocain de la famille et prouve encore une fois l'attachement du législateur aux préceptes musulmans.

972. Mais revenons à la position prise par la France par l'imposition de la règle de l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil qui traduit un choix qui aboutit « à une appréciation abstraite et définitive des situations qui marque une méfiance à l'égard de la médiation du juge. Des grands principes sont mis en avant : souveraineté des Etats ; moralisation de l'adoption internationale ; respect de la culture d'origine »¹¹⁸⁸. Mais ce qui perturbe les défenseurs de l'adoption c'est la raideur de l'application qui vient bafouer la réalité des pratiques au point qu'une nette résistance existe en doctrine¹¹⁸⁹ et que certaines juridictions ont choisi une dissidence ouverte¹¹⁹⁰, même si la majorité des décisions connues se plie à la position de la Cour de cassation¹¹⁹¹.

¹¹⁸⁷ <http://www.bladi.net/marocains-evangelises-christianisme.html>, 4 novembre 2012

¹¹⁸⁸ P. MURAT, op. cit., n°19, p. 40.

¹¹⁸⁹ Pour une opposition manifestée d'emblée alors que la règle de C. civ., art. 370-3, al. 2 était encore en discussion, voir. J. RUBELLIN-DEVICHI, *L'adoption à la fin du XXe siècle in Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 341 et s.

¹¹⁹⁰ Comme CA Limoges, 1er oct. 2007 : *JurisData* n° 2007-350320, cassé par Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, préc. L'arrêt – lui aussi dissident – de la CA Aix-en-Provence (24 oct. 2006, préc.) n'est peut-être toutefois pas pertinent car il a été rendu presque en même temps que les arrêts de principe du 10 oct. 2006

¹¹⁹¹ Voir notamment les arrêts tirés de *JurisData* et cités par M. FARGE, note ss Cass. 1re civ., 9 juill. 2008.

Il n'y a aucun doute mais la primauté a été accordée à une approche abstraite des questions¹¹⁹².

973. Certes, la position française pouvait être différente comme celle adoptée par sa voisine la Belgique qui favorise la transformation de la kafala en adoption grâce à une cascade de règles très favorables à l'application de la loi belge¹¹⁹³ et à la loi du 6 décembre 2005 introduisant dans le Code civil belge, l'article 361-5 afin de résoudre globalement la question des enfants confiés en kafala et d'admettre la possibilité d'une adoption en Belgique¹¹⁹⁴ sous conditions qu'il s'agit d'enfants orphelins de père et mère ou bénéficiant d'un jugement d'abandon et ils doivent avoir été mis sous tutelle de l'autorité publique ; l'exigence du consentement à l'adoption est alors remplacée par la preuve que l'autorité compétente de l'Etat d'origine a établi une forme de tutelle sur l'enfant et que l'autorité centrale belge de l'adoption ainsi que l'autorité compétente de l'Etat d'origine ont approuvé la décision de confier l'enfant, en vue de son déplacement à l'étranger pour y vivre de manière permanente. En substance, la transformation de la kafala en adoption est donc possible avec un contrôle pour en définir les contours et éviter les excès. Mais il reste que la position française est plus respectueuse du droit étranger puisque le consentement à l'adoption tel qu'il est traité par la loi belge ne correspond pas à un réel consentement de la part des autorités marocaines pour la transformation de la kafala par une adoption et va aussi à l'encontre de la règle matérielle de l'alinéa 3 de l'article 370-3 du Code civil qui retient que « quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant ». Or, le consentement à la kafala ne peut être équivalent à un consentement à l'adoption et « l'on voit mal les autorités étrangères consentir à une institution que leur droit prohibe »¹¹⁹⁵.

974. La seule possibilité peut être entrevue dans la réunion d'un conseil de famille *ad hoc*, faite après l'acquisition de la nationalité française¹¹⁹⁶. Mais la question qui se

¹¹⁹² P. MURAT, *op. cit.*, n°19, p. 40.

¹¹⁹³ L'article 67 du Code de droit international privé belge; V. I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE, M. VERWILGHEN, « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *RTD fam.* 1/2006, Larcier, Belgique, spéc. p. 102.

¹¹⁹⁴ Voir I. LAMMERANT, A. OTTEVAERE, M. VERWILGHEN, *art. préc.*, spéc. p. 122 et s.

¹¹⁹⁵ P. MURAT, *op. cit.*, n°21, p. 40.

¹¹⁹⁶ Implicitement en ce sens, Voir. Cass. civ. 30 sept. 2003 : *RJPF* févr. 2004, p. 21, obs. M.-C. Le Boursicot. – adde CA Paris, 31 oct. 2001, *AJF* 2002, p. 26. – CA Paris, 4 oct. 2007 : *JurisData* n° 2007-349900.

pose concerne justement ce conseil de famille. De qui sera-t-il composé pour contourner le consentement de la famille d'origine¹¹⁹⁷ ? Si l'enfant est abandonné, est ce que le consentement sera exigé et de qui? Sachant que le juge marocain ne permettra guère une telle opération. Reste une réalité : que malgré la prohibition imposée par l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil, il suffirait d'attendre¹¹⁹⁸. Lorsque l'enfant recueilli en kafala sera majeur ou dès son obtention de la nationalité française, il pourra être adopté en adoption simple par son ou ses kafils. Alors se pose la question : « Quel sens a une interdiction qui ne dure que le temps pendant lequel l'enfant aurait le plus intérêt à ce qu'elle n'existe pas ? »¹¹⁹⁹. En fin de compte, le droit positif, avec son principe prohibitif aboutirait seulement à différer l'adoption. Cette solution est-elle bien conforme aux droits fondamentaux?

b- La position de la Convention européenne des droits de l'Homme

975. Les auteurs qui militent pour la transformation de la kafala en adoption brandissent essentiellement l'argument de la supériorité de l'intérêt de l'enfant. Estimant que le refus d'adoption d'un enfant makfoul dont la loi personnelle prohibe expressément l'adoption est contraire aux droits fondamentaux de l'enfant et que par conséquent la Convention européenne des droits de l'homme doit jouer afin d'obliger la France de respecter ses engagements en considérant la loi prohibitive comme contraire à l'ordre international public français.

D'ailleurs, des juridictions dissidentes ont effectivement exploité la non-conformité d'un refus d'adoption aux prescriptions tirées du respect de la CIDE, notamment à l'article 3 qui exige que l'intérêt supérieur de l'enfant soit une considération primordiale dans toute décision concernant les enfants¹²⁰⁰.

976. Plusieurs arguments s'alignent sur ce point de vue. Le premier concerne toujours l'intérêt de l'enfant qui selon plusieurs praticiens ne trouve pas son compte

¹¹⁹⁷ Pour une condamnation de cette hypothèse, V. Cass. 1re civ., 22 oct. 2002 : *JurisData* n° 2002-016290 ; *JCP G* 2003, I, 148, obs. Y. FAVIER ; *RJPF* janv. 2003, p. 31, obs. M.-C. Le BOUSICOT.

¹¹⁹⁸ P. MURAT, op. cit., n°22, p. 41.

¹¹⁹⁹ P. SALVAGE-GEREST in *Dr. Fam.*, op. cit., n° 224-32, p. 681

¹²⁰⁰ Voir. notamment : CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006, préc.

dans le système actuel, essentiellement quand le makfoul est abandonné et que la situation est déjà constituée. Puisque cet enfant vit en France auprès de parents français, il est de son intérêt de bénéficier dans son milieu d'éducation d'un statut stable et protecteur tel qu'il est offert par l'adoption. Le deuxième argument, traite de la kafala et de son caractère incertain. Il est vrai qu'en l'absence d'institution française équivalente, il paraît difficile de trouver dans le droit français des modalités garantissant l'application des obligations nées de la kafala. Ainsi, « la loi française ne permet donc même pas de garantir le respect des obligations de la kafala ; de surcroît elle maintient le mineur dans un état de moindre protection, là où il devrait pouvoir bénéficier des avantages d'une adoption »¹²⁰¹. Enfin, le dernier argument s'attaque à l'étroitesse des exceptions offertes par l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil qui permettent l'adoption aux seuls enfants nés et résidents habituellement en France. Il est incontestable que ces exceptions créent une inégalité entre des enfants nés et résidant habituellement en France et les autres enfants nés ou résidant habituellement dans un Etat prohibitif et qui ne peuvent par conséquent accéder à l'adoption.

977. Les arguments proposés par M. Murat sont pertinents et invitent à s'interroger sur la proportionnalité de la réponse donnée par la loi française au problème de la kafala¹²⁰² et de la réaction de la CEDH quant au respect de cette réponse des droits fondamentaux de l'enfant makfoul.

978. La Cour européenne des droits de l'Homme a été réticente à s'aventurer sur le terrain de l'adoption, mais elle a donné quelques espoirs en posant les premières pierres d'un ordre public européen en matière d'adoption internationale¹²⁰³. Il est possible de croire que l'existence d'une « vie familiale *de facto* » entre kafil et makfoul, pourrait ne pas laisser la Cour européenne des droits de l'Homme insensible. Ainsi, comme certains spécialistes pensent que « la Cour européenne des droits de l'homme, si elle était sollicitée sur ce point, pourrait aller dans le sens de la cour

¹²⁰¹ P. MURAT, op. cit., n°23, p. 41.

¹²⁰² P. MURAT, op. cit., n°24.

¹²⁰³ V. CEDH, 28 juin 2007, Wagner c/ Luxembourg : *RJPF* nov. 2007, p. 23, obs. M.-C. Le BOURSICOT. – adde les remarques d'A. GOUTTENOIRE sur la reconnaissance progressive d'un droit à devenir parent in « Le droit de la famille. dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » : *Dr. famille*. 2008, études 14.

d'Aix-en-Provence, en se fondant, comme elle l'a fait récemment dans l'arrêt Wagner c/ Luxembourg sur l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel peut conduire à imposer au juge interne d'écarter une loi nationale lorsqu'elle s'avère manifestement contraire à la fois à l'intérêt supérieur de l'enfant et à la position adoptée par la majorité des pays du Conseil de l'Europe. Or, la France est le seul Etat européen à maintenir l'interdiction de prononcer l'adoption d'un enfant dont la loi nationale prohibe cette institution »¹²⁰⁴.

979. Reste que si la France maintient cette position malgré toutes les réunions et les travaux faits pour réfléchir à la question c'est qu'elle estime que ce n'est sûrement pas à elle de dénaturer le droit étranger et imposer sa propre vision. En effet, le rapport Colombani de mars 2008 maintient que « s'il ne paraît pas possible de revenir sur l'article 370-3 du Code civil et de donner à un enfant recueilli en kafala un statut d'adopté que ne reconnaît pas sa loi personnelle, une coopération avec les deux principaux pays concernés, à savoir l'Algérie et le Maroc, paraît devoir être recherchée »¹²⁰⁵.

980. Cette position même si elle est peu défendable reste compréhensible. Il est certain que l'intérêt de l'enfant doit l'emporter avant tout mais exige-t-il que soit prononcée une adoption? La kafala ne va guère à l'encontre de cet intérêt et elle est une forme, certes nouvelle pour l'ordre juridique français, mais bel est bien une forme de prise en charge de l'enfant par un tiers¹²⁰⁶. Et c'est ce dans ce sens que penche la Cour européenne des droits de l'Homme.

981. La position prise par la France en refusant l'adoption d'un enfant recueilli au titre de kafala trouve grâce aux yeux de la Cour européenne. C'est à l'occasion d'une affaire¹²⁰⁷ concernant le refus d'adoption d'une enfant algérienne recueillie par la procédure de la kafala que la Cour s'est exprimée clairement sur la question.

¹²⁰⁴ A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, D. 2008, n° 374, p. 213.

¹²⁰⁵ Voir. Rapp. sur l'adoption, Mission confiée par le président de la République et le Premier ministre à J.-M. Colombani : Doc. fr. 2008, an. IV, p. 116.

¹²⁰⁶ V. Hugues Fulchiron, article préc., p. 821.

¹²⁰⁷ CEDH, 4 Octobre 2012, n° 43631/09, Harroudj c/ France

982. Les arguments de la Cour tendent vers le respect du pluralisme culturel en respectant une institution telle que la kafala. En premier lieu, elle rappelle que l'article 8 ne garantit « ni le droit de fonder une famille ni le droit d'adopter »¹²⁰⁸. Ainsi, la Cour considère que le refus de l'adoption ne constitue pas une ingérence dans la vie familiale de la requérante dont le grief ne sera examiné que « sous l'angle des obligations positives » plutôt favorable à l'État défendeur. D'autant que « la notion de « respect », au sens de l'article 8, manque de netteté, surtout en ce qui concerne les obligations positives inhérentes à cette notion ». En l'absence de « communauté de vue entre les Etats membres (...) la marge d'appréciation dont dispose l'Etat français doit donc être considérée comme ample ».

983. La Cour n'oublie pas le poids du droit international et rappelle notamment que la Convention de New York relative aux droits de l'enfant « reconnaît expressément la kafala de droit islamique comme « protection de remplacement », au même titre que l'adoption » et qui cite comme critère de la protection la plus adaptée à l'enfant « son origine ethnique, religieuse, culturelle et linguistique », qui s'avère déterminant puisque « le refus opposé à la requérante tient en grande partie au souci du respect de l'esprit et de l'objectif des conventions internationales »¹²⁰⁹.

984. En effet, la CEDH soutient la solution française car « la Cour estime qu'en effaçant ainsi progressivement la prohibition de l'adoption, l'Etat défendeur, qui entend favoriser l'intégration d'enfants d'origine étrangère sans les couper immédiatement des règles de leur pays d'origine, respecte le pluralisme culturel et ménage un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante ». C'est ainsi que la Cour de Strasbourg fait entrer le « pluralisme culturel » dans la panoplie du juge nouvellement soucieux de respecter le principe de subsidiarité¹²¹⁰. Il est possible de penser que cette confirmation de la « dureté de la solution posée et maintenue par la Cour de cassation depuis 2006 »¹²¹¹ est une douche froide pour la doctrine majoritaire qui envisageait une possibilité d'une sanction strasbourgeoise qui

¹²⁰⁸ CEDH, gr. ch., 22 janv. 2008, n° 43546/02, E. B. c/ France, *JCP G* 2008, II, 10071, note A. GOUTTENOIRE et F. SURDE.

¹²⁰⁹ Sans oublier qu'outre cette Convention, les Conventions de La Haye du 29 mai 1993 et du 19 octobre 1996

¹²¹⁰ G. GONZALEZ, « Éloge de la kafala au nom du pluralisme culturel », *JCP G*, 22 octobre 2012, n° 43, 1145.

¹²¹¹ A. GOUTTENOIRE in *JCP G* 2009, II, 10072.

permettra d'imposer la solution de l'adoption des makfouls. La seule voie qui reste est celle du législateur en réformant l'article 370-3 du Code civil, ce qui ne semble pas à l'ordre du jour¹²¹².

985. La question est de savoir si c'est aux sociétés occidentales d'exiger leur vision de la famille en imposant l'adoption à des enfants dont le pays, la culture et la religion leur refusent? Il faut croire que la solution, encore une fois, ne doit pas venir seulement des pays occidentaux mais des Etats musulmans eux mêmes. C'est au Maroc de revoir sa position vis-à-vis de l'adoption, c'est à ses législateurs et à son gouvernement de faire des choix en prenant en considération une réalité : des enfants sont abandonnés tous les jours, ils n'ont aucune filiation et un statut juridique presque inexistant. Permettre l'adoption de ces enfants c'est leur permettre une vie meilleure que ce soit par des Marocains ou par des étrangers, musulmans ou pas, car qui peut garantir qu'une famille d'accueil dont les prénoms de ses membres sont musulmans donnera forcément une éducation religieuse à l'enfant ? Est-ce la religion de ces enfants qui est une priorité qui exige le refus de les sauver ? Seule la société et les politiques législatives marocaines peuvent répondre à cette question. Mais actuellement la réponse paraît claire, la société et le gouvernement marocain préfèrent voir ces enfants dans leur état actuel au lieu qu'ils soient adoptés par des familles non musulmanes.

986. Si on revient à la solution de la Cour, il est à constater qu'elle reste prudente en s'alignant sur la position française qui ne fait que respecter la loi étrangère. Mais est-ce si dramatique? Car rappelons qu'il existe des possibilités ouvertes respectant le droit marocain et aussi le droit international privé français. Le kafil qui s'est engagé dans un tel rapport avec l'enfant makfoul n'ignore guère à quoi il a affaire, il est conscient que l'adoption est une institution bannie de l'ordre juridique dont provient le makfoul que ce soit le Maroc ou l'Algérie et sait qu'il lui reste des possibilités en France et des institutions telles qu'une tutelle, qu'un changement de nom peut être acquis, une autorité parentale établie, la possibilité de rédiger un testament. Cela suffit à gommer les quelques difficultés liées à un statut qui reste provisoire puisque l'obtention de la nationalité française donnant accès à l'adoption peut être obtenue

¹²¹² Voir. en ce sens la proposition de loi n° 353 du 10 mars 2011 au Sénat restée sans lendemain).

dans un délai réduit (5 ans) dont, en l'espèce, l'enfant pourrait d'ailleurs déjà bénéficier¹²¹³.

B- La recherche de l'équivalent à la kafala : tutelle et autorité parentale

987. Après avoir établi que la kafala ne peut être ni une adoption ni un moyen pour introduire une demande en adoption, il reste à lui trouver une institution qui lui est proche et la question de la qualification demeure entière. Le besoin de qualification de la situation juridique créée par la kafala s'impose afin d'organiser les rapports entre le kafil et le makfoul et de leur donner des effets vis-à-vis des tiers.

988. La recherche d'un équivalent à la kafala, vu son caractère inconnu, se heurte à l'incertitude qui entoure l'objet de cette institution dans la législation française. Malgré un dahir¹²¹⁴ sur la kafala, les contours de cette dernière restent mal définis et c'est essentiellement pour cette raison qu'elle obéit à un système qui lui est propre, distinct mais lié aux dispositions du Code marocain de la famille. Il faut comprendre que la kafala et la garde sont proches mais ne s'assimilent pas, chacune d'elles est indépendante. La kafala se traduit essentiellement par un pouvoir de fait plus qu'un pouvoir de droit. Ce pouvoir de fait sur l'enfant se traduit par la prise en charge par le kafil. Ainsi, le législateur assimile en fait et non en droit, le kafil à un père et le makfoul à un fils¹²¹⁵.

989. Mais avant de répondre à la question d'équivalence, certains points peuvent être éclaircis sur ce qui ne peut pas être considéré comme kafala. Le point le plus pertinent et qui revient est que la kafala ne crée pas de lien de filiation et que par là même, dès lors que le droit français maintient un lien indéfectible entre attribution de l'autorité parentale et filiation, on ne peut considérer que le kafil se voit attribuer l'autorité parentale. La kafala n'est pas une adoption et ne peut permettre une attribution de l'autorité parentale telle qu'elle est prévue par le droit français.

¹²¹³ G. GONZALEZ, art. préc.

¹²¹⁴ *Supra* n° 488 et s.

¹²¹⁵ A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE, « La recherche d'équivalent: l'autorité parentale », *Dr.Fam.*, janvier 2009, n°4, p. 42.

990. En revanche, Mme Gouttenoire traite du recours à la théorie de l'apparence, comme la technique de « l'enfant confié à un tiers » prévue par l'article 373-3 du Code civil, qui peut suffire dans un certain nombre d'hypothèses. Mais elle revient sur le fait que l'intérêt demeure toutefois limité à certains actes et à certaines situations¹²¹⁶. En effet, l'article 373-4 du Code civil énonce que la personne à qui l'enfant a été confié accomplit seulement les actes usuels relatifs à sa surveillance et son éducation, ce qui s'explique par un maintien de l'exercice de l'autorité parentale par les père et mère. Cette possibilité ne répond pas toujours, si ce n'est la majorité du temps, aux objectifs de la kafala puisque la possibilité d'accomplir les seuls actes usuels implique dès lors que l'enfant ait par ailleurs des parents et que la kafala ne corresponde qu'à une simple prise en charge de fait et qu'elle est temporaire. Les limites de la technique apparaissent puisque la kafala n'est en réalité qu'un substitut à l'adoption. Trop précaire, la situation qui en résulterait ne produirait pas en outre, d'effets juridiques suffisants, les actes non usuels ne pourraient ainsi être accomplis. Par ailleurs, aucun effet juridique lié à la filiation ne pourrait être admis. À défaut de père et mère, l'ouverture d'une tutelle s'impose¹²¹⁷.

991. L'attribution directe de l'autorité parentale confère à la kafala une portée dont elle est démunie, confier l'enfant à un tiers ne fait produire que des effets insuffisants. Les deux solutions paraissent insatisfaisantes. Il convient de se tourner vers une autre institution qui est la tutelle (1) mais cette dernière s'avère moins efficace que la délégation de l'exercice de l'autorité parentale (2)

1- La kafala et la tutelle

992. Il a fallu une réponse ministérielle¹²¹⁸ et « un peu d'imagination »¹²¹⁹ pour arriver à la conclusion que pour les enfants abandonnés, sans filiation connue ou orphelins, « la kafala peut être assimilée en France à une tutelle »¹²²⁰. C'est ce que

¹²¹⁶ A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE op. cit., n°6, p. 42

¹²¹⁷ C. civ., art. 375-5

¹²¹⁸ Rép. min. n° 3811 : *JO* déb. Sénat, 21 août 2008, p. 2008.

¹²¹⁹ J-M. PLASZY, « La recherche d'équivalent: La tutelle », *Dr. Fam.*, janvier 2009, n°1, p. 48.

¹²²⁰ D. 2008, Actualités, circulaire à venir pour la kafala, p. 2223.

rappelle Mme le Garde des Sceaux, « la kafala est une forme de protection de l'enfant, qui permet son éducation et sa prise en charge matérielle durant sa minorité, par une famille musulmane. La kafala ne créant pas de lien de filiation, elle ne peut en aucun cas être assimilée à une adoption en France. Le droit de la plupart des pays musulmans interdit d'ailleurs formellement cette institution. Toutefois, comme toute décision relative à l'état des personnes, la kafala, lorsqu'elle est judiciaire, a vocation à être reconnue de plein droit sur le territoire français, sans formalité particulière, et permet donc à l'enfant de bénéficier d'un statut de protection »¹²²¹.

La réponse ministérielle voulait apporter certainement une résolution du problème de qualification de la kafala mais l'assimilation de l'institution à la tutelle pour les enfants dépourvus de filiation, abandonnés ou orphelins semble être une solution fortement nuancée et cela pour une raison bien précise.

993. Cette assimilation qui n'a jamais fait l'objet de jurisprudence française laisserait supposer que les pays musulmans ne connaîtraient pas la tutelle « à la française » et que le Maroc, pays qui nous intéresse plus particulièrement, ignore la tutelle. Or, tel n'est certainement pas le cas. Le code marocain de la famille prévoit tout un titre sur la représentation légale¹²²². Il est vrai que le Code marocain ne définit pas la tutelle légale comme telle mais en utilisant le terme de « représentant légal », il englobe tous les représentants de personne et cela du tuteur légal (le père, la mère), au tuteur testamentaire désigné par le père ou la mère en passant par le tuteur datif désigné par un tribunal. Le Code confère au représentant légal à la fois la tutelle sur la personne des mineurs et aussi sur ses biens. Cette tutelle prend fin à l'âge de la majorité. Toutes les formalités et les conditions concernant la représentation légale font l'objet de dispositions dans le Code de la famille. La tutelle est une institution codifiée et qui existe distinctement de la kafala. La représentation légale « marocaine » est certainement assimilable à la tutelle « française ». Mais alors que le droit marocain opère une distinction entre les tutelles et la kafala, comment le droit français peut-il opérer l'assimilation?

¹²²¹ D. 2008, Actualités, circulaire à venir pour la kafala, p. 2223.

¹²²² Article 229 et s. C. F.

994. Il faut définir les termes pour pouvoir comprendre les points de rapprochement entre les deux mécanismes (a) et les points de désaccord (b).

a- Les similitudes entre la tutelle et la kafala

995. Il faut rappeler que la kafala est l'engagement du kafil, d'assurer bénévolement l'entretien, l'éducation et la protection du makfoul, au même titre que le ferait un père pour son fils, sans créer un quelconque lien de filiation.

996. Est-il possible de voir dans cette définition une forme de tutelle telle qu'elle est conçue par le droit français? Pour répondre à cette question, il est indispensable de définir la tutelle en droit français. C'est un régime de protection des incapables qui utilise la technique de la représentation. Le majeur ou mineur en tutelle ne peut accomplir aucun acte juridique. Il est soumis à une incapacité d'exercice générale, et c'est son représentant qui agit à sa place. L'article 390 du Code civil dispose que « la tutelle s'ouvre lorsque le père et la mère sont tous deux décédés ou se trouvent privés de l'exercice de l'autorité parentale. Elle s'ouvre, aussi, à l'égard d'un enfant qui n'a ni père ni mère ». Le tuteur prend soin du mineur, le représente dans les actes civils et administre ses biens.

997. Il est possible de croire que les deux institutions sont très proches mais ce n'est guère le cas. Cela aurait été possible si la tutelle officieuse existait de nos jours comme le propose J-M. PLAZY¹²²³, c'est effectivement la seule forme de tutelle qui se rapproche de la kafala.

998. Cette forme de tutelle était d'abord insérée dans le Code civil de 1804, et puis reprise dans la loi du 24 juillet 1889 destinée aux enfants maltraités ou moralement abandonnés, la tutelle officieuse¹²²⁴ est un acte juridique permettant à une personne de prendre un mineur en charge en s'obligeant à le nourrir et à l'élever gratuitement, à administrer sa personne et ses biens et à le mettre en état de gagner sa vie¹²²⁵.

¹²²³ J-M. PLAZY, op. cit., n°5, p. 48.

¹²²⁴ Pour une étude complète, voir M. VIDAL, *RHD*. 2006, p. 437.

¹²²⁵ J-M. PLAZY, op. cit., n°5, p. 48.

999. Cette tutelle ressemble de manière très surprenante à la kafala telle qu'elle est définie par le droit marocain comme « un engagement de prise en charge totale assurant : la protection, l'entretien, l'éducation, et l'orientation d'un enfant abandonné, au même titre que le ferait le père et la mère pour leur enfant »¹²²⁶ et le rapprochement ne s'arrête pas à ce point. Comme la kafala, cette tutelle intervenait comme un palliatif à l'interdiction de l'adoption des mineurs sauf que la kafala est un palliatif à l'interdiction de l'adoption en général¹²²⁷. L'adoption étant réservée, jusqu'en 1939, aux seuls majeurs, la tutelle officieuse était la seule technique permettant de prendre en charge le mineur dans l'attente de pareille adoption¹²²⁸. Comme la kafala, le recueil légal était accordé devant le juge ou le notaire après avoir fait dresser par le juge de paix un procès-verbal des consentements du tuteur et des parents de l'enfant. Et comme la kafala, les dispositions des articles 365 et suivants prévoyaient que l'administration des biens, comme de la personne du mineur, passe au tuteur officieux et qu'il est interdit à ce dernier d'imputer les dépenses d'éducation sur les revenus du pupille, Le kafil est aussi un tuteur légal avec toutes les obligations qui pèsent sur le tuteur et les prérogatives qui en découlent comme l'obligation d'administrer les biens de l'enfant.

1000. Mais contrairement à la kafala, le recours à la tutelle officieuse était rarissime¹²²⁹. Les deux lois de protection de l'enfance du 24 juillet 1889 et 27 juin 1904 ne réussirent pas à lui trouver une place et la loi du 19 juin 1923 autorisant l'adoption du mineur signe une mort déjà annoncée¹²³⁰.

1001. La disparition de la tutelle officieuse ne laisse aucun choix devant le juge à part celui de la tutelle du droit positif. La similitude qui existe entre la tutelle du droit positif et la kafala réside dans la finalité des deux institutions qui consiste à protéger la personne de l'enfant ce qui explique sans doute la volonté d'assimilation.

¹²²⁶ Article 1er du D.K.

¹²²⁷ Les conditions de l'adoption sont, en 1804, particulièrement strictes : l'adoptant doit être âgé de plus de cinquante ans, ne pas avoir de descendance légitime, avoir fourni à l'adopté, qui doit être majeur (art. 346), des secours et des soins interrompus pendant six ans au moins. J.-P. LEVY et A.

¹²²⁸ J. HAUSER, *RTD civ.* 2008, p. 470. – La tutelle officieuse constitue une phase transitoire que rappelle le Titre VIII du code 1804, intitulé Adoption et tutelle officieuse.

¹²²⁹ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 3 : Nève 1825-1842, n° 344

¹²³⁰ J.-M. PLAZY, *op. cit.*, n°6, p. 48.

Comme la kafala, la tutelle de l'enfant abandonné consiste en la prise en charge de sa protection, son éducation et son entretien, elle ne donne pas lieu à l'établissement de la filiation entre l'enfant et la personne à laquelle est confiée sa tutelle. Le tribunal ne déclare un enfant comme étant abandonné que s'il entre dans l'une des catégories prévues par la loi presque identiques à celles prévues par le dahir sur la kafala. Mais la similitude entre les deux institutions s'arrête à ce niveau. Plusieurs points de divergence mettent fin à toute possibilité de transformation de la kafala en tutelle.

b- Divergences entre les deux institutions

1002. Comme le signale M. Hauser dans son article intitulé "la kafala, L'imagination juridique française", « au risque de peiner le ministère de la justice français, on ajoutera que la kafala ne paraît pas non plus être une tutelle, au sens où on l'entend aujourd'hui en droit français »¹²³¹. Effectivement malgré les propos de la garde des Sceaux, toute idée d'assimilation, de transposition, semble devoir être bannie¹²³². La tutelle du droit positif français et la kafala n'obéissent pas aux mêmes règles et elles sont considérées comme deux modes de protection de l'enfant distincts, les rapprocher reviendra à faire prévaloir, en France, la tutelle comme institution connue et pratiquée du droit français ce qui ne répond pas à une réelle réception de la kafala¹²³³.

1003. Le problème essentiel est la tutelle « française » a déjà son équivalent en droit marocain, la représentation légale « marocaine ». Effectivement, le droit marocain connaît la tutelle et la distingue de la kafala. Le kafil devient tuteur légal du makfoul. Il faut en comprendre que la kafala n'est pas la tutelle mais intègre la tutelle. Le droit marocain distingue entre la représentation légale et la kafala et le fait coexister ensemble sans que l'une prenne la place de l'autre. La représentation légale obéit à des règles qui lui sont propres. Ainsi, chaque forme de tutelle est organisée et encadrée par des institutions distinctes telle la tutelle dative qui n'est désignée que par le pouvoir juridictionnel. L'organisation tutélaire du droit marocain est

¹²³¹ J. HAUSER, op. cit., n°12, p. 54.

¹²³² J.-M. PLAZY, op. cit., n°6, p. 48.

¹²³³ *Ibid.*

inexistante dans le droit français. C'est ainsi qu'il est à constater que ce dernier tend à confondre deux modes de protection des mineurs que le droit marocain tient à distinguer.

1004. Contrairement à la tutelle, la kafala n'est pas considérée en droit marocain comme une organisation mais plutôt comme une mission encadrée par un dahir qui lui est propre c'est-à-dire un régime précis. Le kafil qui devient tuteur ou représentant légale de l'enfant doit obéir à des conditions précises¹²³⁴. Ainsi les personnes et les organismes qui y ont accès sont limités. Et la différence entre la tutelle du droit positif et la kafala se présente également quant aux effets de cette dernière¹²³⁵.

1005. La kafala telle qu'elle est définie, organisée en droit marocain paraît incompatible avec le système tutélaire français. Pour qu'elle puisse y entrer, comme avance M. Hausser¹²³⁶, il faudra « l'adapter en tant que tutelle à la personne puisqu'une tutelle sur un mineur, dans le cas où elle est de plein exercice, entraîne des droits équivalents à l'autorité parentale. Sans oublier que l'ouverture de tutelle n'est possible que dans un seul cas où les parents ne sont pas en état d'exercer l'autorité parentale. Or, si cette condition est sans doute remplie dans certaines kafalas, elle ne paraît pas être une condition *sine qua non*, certaines kafalas provisoires répondant plus à une opportunité qu'à une incapacité des parents à exercer l'autorité parentale que, d'ailleurs, ils ne délèguent pas vraiment.

1006. En fait, la conclusion est que la kafala se caractérise par la simplicité alors que la tutelle se distingue par sa rigueur institutionnelle¹²³⁷. Il est difficile d'admettre qu'il puisse y avoir assimilation entre les deux institutions.

1007. Il convient sans doute de simplifier la tutelle du droit français et cela ne peut se réaliser, selon M. Plazy, que grâce à la suppression des conseils de famille. La possibilité d'une assimilation entre les deux institutions sera possible dès lors que

¹²³⁴ *Supra* n° 483 et s.

¹²³⁵ *Supra* n° 505 et s.

¹²³⁶ J. HAUSER, op. cit., n°12, p. 54.

¹²³⁷ J-M. PLAZY, op. cit., n°6, p. 48.

le droit français n'ordonnera pas la référence au conseil de famille, comme c'est le cas de la tutelle des majeurs, en imaginant une tutelle sous forme d'administration légale. Mais cette évolution ne fait pas partie de l'ordre du jour actuel du législateur français « tant le conseil de famille est ancré dans la conception française de la tutelle des mineurs, en particulier de la tutelle familiale »¹²³⁸.

1008. L'assimilation entre kafala et tutelle semble bien difficile, elle ne trouve de possibilité que dans une réforme de la conception française de la tutelle de mineur ce qui paraît audacieux et certainement pas envisageable actuellement. Reste que la tutelle ne répond pas aux exigences d'une institution aussi originale que la kafala et ce qui intellectuellement paraît intéressant devient vite pratiquement paralysant¹²³⁹. Donc comme le dit clairement M. Hauser, « La piste est fermée »¹²⁴⁰. Reste alors la piste de la délégation de l'exercice de l'autorité parentale.

2- La kafala et la délégation de l'autorité parentale

1009. Après la procédure de la kafala et dès que l'enfant se trouve avec le kafil sur le territoire français, ce dernier a recours à la délégation de l'exercice de l'autorité parentale. Cette solution est la plus populaire puisqu'on la retrouve dans la plupart des décisions françaises relatives à la kafala¹²⁴¹. Elle permet de répondre à un certain nombre de difficultés, essentiellement celles qui sont en rapport avec les pouvoirs du kafil sur la personne de l'enfant vis-à-vis des tiers. Reste que cette solution ne peut être que provisoire, dans l'attente d'un possible établissement du lien de filiation de l'enfant à l'égard du kafil puisque l'équivalence entre la kafala et la délégation de l'autorité parentale a des fondements fragiles et incertains (a) produisant des incidences imparfaites (b).

a- Une qualification incertaine

¹²³⁸ *Ibid.*

¹²³⁹ *Ibid.*

¹²⁴⁰ J. HAUSER, *op. cit.*, n°12, p. 54.

¹²⁴¹ A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE *op. cit.*, n°1, p. 42

1010. Il ne s'agit pas de la réception de la kafala dans l'ordre juridique français en lui permettant de produire ses effets mais de l'assimiler à une situation juridique française en lui faisant produire les effets de cette dernière tout en reconnaissant l'institution du droit étranger. En d'autres termes, la kafala, institution du droit étranger est assimilée à la délégation de l'autorité parentale, situation juridique française. Elle doit répondre aux mêmes conditions que la délégation de l'autorité parentale, ou du moins que les conditions essentielles de la délégation de l'autorité parentale soient satisfaites. En réalité, cette assimilation, en plus d'être rendue loin du domaine de l'autorité parentale, se fait de manière incidente pour répondre à une question distincte. Ainsi, la qualification de la kafala et son assimilation sont incidentes et indépendantes du domaine de l'autorité parentale.

1011. Rappelons que dans de la réponse ministérielle du 21 août 2008, la kafala, selon la Garde des Sceaux, est reconnue de plein droit sur le territoire français, sans formalité particulière et bénéficie d'un statut de protection¹²⁴². Même si ce statut est précisé pour permettre d'assimiler la kafala d'enfants abandonnés, sans filiation connue ou orphelins, à une tutelle, la kafala produit aussi les effets d'une délégation d'autorité parentale lorsque les attributs de l'autorité parentale ont été transférés au kafil, sans renoncement définitif des parents à les exercer. Sauf que la question de l'autorité parentale ne se présente devant le juge que par incidence afin de répondre à d'autres questions, celle de l'adoption ou celles relatives aux effets particuliers à un lien créé par la kafala.

1012. Alors il est possible de se demander si dans ces cas, il faut distinguer entre tutelle et délégation de l'autorité parentale selon les circonstances du prononcé de la kafala se retrouve systématiquement en jurisprudence puisque « les qualifications de délégation d'autorité parentale et de tutelle légale ne semblent pas, par ailleurs, exclusives l'une de l'autre »¹²⁴³. C'est la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 23 novembre 2006, qui affirme à la fois que l'acte de kafala constate que la mère de l'enfant a délégué l'autorité parentale au demandeur et que celui-ci n'a «

¹²⁴² R n° 3811, op. cit.

¹²⁴³ A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE op. cit., n°12, p. 43

d'effets que comparables à ceux de la tutelle légale exclusive de tout lien de filiation
»¹²⁴⁴.

1013. Le rapprochement entre la kafala et la délégation d'autorité parentale est venu pour apporter à la fois aux effets de la kafala mais essentiellement pour la distinguer de l'adoption¹²⁴⁵. La Cour de Paris l'a affirmé en justifiant un divorce pour faute aux torts de l'épouse qui a menti à son mari en lui faisant croire que la kafala effectuée en Algérie était l'équivalent d'une adoption en droit français alors qu'il s'agit « d'un recueil légal de l'enfant à savoir un équivalent en droit français de la délégation de l'autorité parentale »¹²⁴⁶. Une décision conforme à un arrêt du 16 février 2006¹²⁴⁷, qui déclare plus clairement que le jugement de kafala, « institution de recueil légal », s'assimile à une délégation d'autorité parentale et non à l'adoption qui est prohibée par le droit algérien.

1014. Mais c'est devant les tribunaux administratifs, que le procédé de l'assimilation est plus net. Les juges administratifs opèrent ce rapprochement entre kafala et délégation d'autorité parentale en matière de droit d'entrée et de séjour des étrangers sur le territoire français. Ainsi, par exemple, pour rejeter une demande d'annulation d'un refus de visa basée sur une kafala judiciaire, le Conseil d'Etat n'hésite pas à évoquer « une mesure de délégation de l'autorité parentale dite « kafala » »¹²⁴⁸ qui ne confère, à elle seule, aucun droit d'accès et de séjour en France »¹²⁴⁹.

C'est toujours au nom de la qualification de la kafala en délégation d'autorité parentale que le juge administratif octroie certains droits, comme le démontre un arrêt du Conseil d'Etat du 30 juin 2003 qui a admis qu'un grand père qui s'était vu confier sa petite fille par une kafala pouvait agir au nom de celle-ci notamment pour contester un refus de visa d'entrée en France¹²⁵⁰.

¹²⁴⁴ C. A Paris, 23 novembre. 2006, *JurisData* n° 2006-327069.

¹²⁴⁵ A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE op. cit., n°12, p. 43

¹²⁴⁶ C. A Paris, 28 juin 2006, *RG* n° CT0183.

¹²⁴⁷ C. A Paris, 16 févr. 2006 : *Lexbase* n° A3757DNI

¹²⁴⁸ C. E, 28 déc. 2007, n° 303956 : *JurisData* n° 2007-073011. – C. E, 28 déc. 2007, n° 304202 : *JurisData* n° 2007-073002. – C. E, 9 nov. 2007, n° 279743. – CE, 7 mars 2007, n° 285679 : *JurisData* n° 2007-071609. – C. E, 7 mars 2007, n° 288637 : *JurisData* n° 2007-071611. – C. E, 24 janv. 2007, n° 290066. – C. E, 29 nov. 2006, n° 266156.

¹²⁴⁹ C. E, 9 novembre 2007, n° 296173 : *JurisData* n° 2007-072704. – C. E, 8 octobre 2007, n° 297787 : *JurisData* n° 2007-072517. – C. E, 13 décembre. 2006, n° 282674 : *JurisData* n° 2006-071239.

¹²⁵⁰ CE, 30 juin 2003, n° 227844 : *JurisData* n° 2003-065698.

1015. Récemment, dans un autre arrêt de la Cour administrative de Lyon¹²⁵¹ rendu le 04 octobre 2012, les juges affirment également que « l'intérêt d'un enfant est en principe de vivre auprès de la personne qui, en vertu d'une décision de justice qui produit des effets juridiques en France, est titulaire à son égard de l'autorité parentale ». Il s'agissait d'une femme, Mme A, qui demandait une autorisation de regroupement familial en vue de permettre à l'enfant de la rejoindre en France, puisqu'elle a reçu délégation de l'autorité parentale sur cet enfant en vertu d'un jugement de kafala.

Ce qui est intéressant dans cet arrêt, c'est la confirmation que donnent les juges de considérer la kafala comme une institution permettant au kafil de jouir de la délégation de l'autorité parentale selon les critères français. Ainsi la Cour administrative permet au makfoul de rejoindre la kafil en France malgré le refus du préfet qui a rejeté la demande de regroupement au nom de l'intérêt de l'enfant. Le préfet a estimé que Mme A ne répondait pas aux conditions d'accueil de cet enfant en France compte tenu notamment des ressources et des conditions de logement du titulaire de l'autorité parentale. La réponse de la Cour est qu'« il ressort des pièces du dossier que l'appartement de Mme A remplit bien les conditions de logement prévues par les dispositions des articles L. 411-5 et R. 411-5 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile et que la seule circonstance que l'appartement ne compte qu'une seule chambre n'entre pas dans les critères posés par ces dispositions et n'est pas de nature à établir que les conditions matérielles d'accueil de l'enfant seraient incompatibles avec son intérêt supérieur ; que, par suite, le Préfet du Rhône a bien commis une erreur de droit en refusant de faire droit à la demande de regroupement familial de Mme A ». Ainsi, la Cour confirme que le lien de kafala entre Mme A et l'enfant lui permet de jouir de l'exercice d'une délégation d'autorité parentale permettant le droit à un regroupement familial.

1016. L'assimilation permet aussi aux juges administratifs de rendre des décisions jouant un effet négatif. Tel est le cas dans l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 10 juin 2008¹²⁵², qui décide que « sous réserve d'éventuels

¹²⁵¹ C. A. Appel 3ème ch. Lyon, 04 octobre 2012, n°12LY00491.

¹²⁵² CAA Bordeaux, 10 juin 2008, n° 07BX02056, inédit.

motifs d'ordre public, l'intérêt de l'enfant est, en principe, de vivre auprès de la personne qui a reçu du juge la délégation de l'autorité parentale », laquelle résultait en l'espèce d'un jugement de kafala qui avait placé l'enfant « sous l'autorité parentale de ses grands-parents » pour justifier que les enfants ne puissent rejoindre leurs parents en France tant qu'ils sont confiés à leurs grands-parents qui ont seuls le droit d'une délégation d'autorité parentale via la kafala. De même, l'affaire jugée par une décision de la même Cour, le même jour, dans laquelle les juges refusent à un homme le droit de rester en France auprès de ses enfants et de ses parents, au motif qu'il a confié ses enfants à ses propres parents par une kafala et « que le requérant, auquel il appartient d'entreprendre auprès des autorités algériennes compétentes les démarches requises pour mettre un terme à la délégation d'autorité parentale qu'il avait consentie à ses parents, n'exerce pas l'autorité parentale sur ses deux enfants et n'établit pas à subvenir à leurs besoins »¹²⁵³.

b- Une assimilation imparfaite

1017. Il ne faut pas oublier que la délégation d'autorité parentale, en droit français, ne peut résulter que d'un jugement¹²⁵⁴. Ainsi, la kafala qui se rapproche de l'institution française ne peut être une kafala résultant d'un acte notarié mais seulement celle faisant l'objet d'un jugement et c'est pour cette raison que les juges qui procèdent à l'assimilation entre les deux institutions citent systématiquement les décisions des juridictions étrangères prononçant la kafala, voire le jugement français d'exequatur qui donne effet à la kafala sur le territoire français. Dès lors, il paraît nécessaire pour un kafil ayant recueilli un enfant par une kafala notariale de solliciter un juge aux affaires familiales français pour le prononcé d'une délégation d'autorité parentale. Une demande de qualification d'un acte de kafala notariale en une délégation d'autorité parentale semble d'emblée exclue.

De plus, il convient de citer une décision de la cour administrative de Marseille du 20 mars 2007¹²⁵⁵. Les juges ont refusé de faire produire effet à la kafala en l'absence

¹²⁵³ CAA Bordeaux, 10 juin 2008, précité.

¹²⁵⁴ Cette exigence correspond à la nature même de la délégation de l'autorité parentale des articles 377 et suivants du Code civil.

¹²⁵⁵ CAA Marseille, 20 mars 2007, n° 05MA02647, inédit.

de jugement d'exequatur au motif que, dans la mesure où il implique des actes d'exécution matérielle, l'acte d'un tribunal étranger relatif à la garde d'un enfant doit être revêtu de l'exequatur pour produire ses effets en France.

1018. Une kafala qui n'a fait objet que d'un acte privé n'est prise en compte qu'en tant que situation de fait impliquant une prise en charge de l'enfant par celui qui sollicite la délégation au juge des affaires familiales. Dans ces conditions, il est incertain qu'elle suffise, en elle-même, à établir l'incapacité des parents de continuer d'exercer l'autorité parentale ou leur désintérêt, conditions exigées par l'article 377 du Code civil.

1019. L'octroi de la délégation d'autorité parentale obéit à des règles strictes mais qui restent mal adaptées dans le cas d'enfants sans filiation ou orphelins dans la mesure où il est difficile justement de parler de délégation d'autorité parentale qui n'existe pas puisqu'il n'y a pas de parents. Dans ce cas, la tutelle se trouve plus adaptée, reste que la délégation offre des avantages considérables entre sa simplicité et la rapidité avec laquelle elle peut être prononcée. Il est convenable de souligner que le juge qui octroie la délégation d'autorité parentale à partir de la situation de faits découlant de la kafala, précise forcément de quelle délégation d'autorité parentale il s'agit. Certes, ce n'est guère le cas quand il s'agit d'assimiler kafala et délégation d'autorité parentale de manière incidente mais dans le cas contraire, il faut savoir qu'en droit français il n'existe pas qu'une seule délégation mais trois types : la délégation forcée, la délégation consentie et, depuis 2002, la délégation-partage¹²⁵⁶.

1020. Le type de délégation le plus approprié à l'assimilation d'une kafala semble être celui de la délégation d'autorité parentale forcée, sauf dans un seul cas, celui de la possibilité des parents de se joindre à la procédure, ce qui est improbable. En effet, pour déterminer qu'elle sera la délégation d'autorité parentale, il faut distinguer selon que la kafala a été consentie par le ou les parents de l'enfant et dans ce cas il est possible de considérer la délégation comme une délégation d'autorité parentale volontaire. C'est seulement quand la kafala est celle d'un enfant abandonné qu'elle peut être assimilée à une délégation forcée d'autorité parentale. Mais reste que

¹²⁵⁶ P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n° 517 et s

la solution a ses limites puisque assimiler la kafala d'un enfant abandonné à une délégation forcée revient à mettre de côté le consentement émanant des autorités publiques ayant pris en charge l'enfant ce qui nous fait revenir à l'idée de l'inadaptation de la qualification de délégation d'autorité parentale à la situation créée dans le pays d'origine.

1021. Pour ce qui est de la kafala consentie par les parents, là aussi, il est légitime de se demander s'il ne s'agit pas simplement d'un partage de l'autorité parentale et non un renoncement tel qu'il est prévu par l'article 377-1, alinéa 2 du Code civil. Cette possibilité peut parfaitement se réaliser dans le cas où la kafala de l'enfant passe à un membre de la famille pour qu'il prenne l'enfant en charge en France, ce qui implique que les parents n'ont nullement renoncé à leurs droits parentaux sur l'enfant Or, la kafala implique une renonciation, au moins temporaire des parents à leurs droits et c'est pour cette raison que le juge considère que le consentement des parents à la kafala est une expression de renoncement à leurs droits parentaux sur l'enfant¹²⁵⁷. Il apparaît dès lors que « la kafala doit plutôt être assimilée à une délégation de l'autorité parentale *stricto sensu*, consentie ou forcée, cette dernière distinction comportant en réalité peu d'enjeux pour ce qui est des effets de la délégation »¹²⁵⁸.

1022. Malgré les incidences imparfaites de la qualification de kafala en délégation d'autorité parentale, cette dernière reste une solution assez satisfaisante pour l'instant. A vrai dire, cette préférence dont elle jouit par rapport à la tutelle s'explique par sa plus grande simplicité et la plus grande rapidité avec laquelle elle peut être prononcée. Ce prononcé offre une visibilité quant à la définition des rapports entre le kafil et le makfoul en fournissant au premier une preuve de son lien avec le second et des pouvoirs qui en découlent comme il facilite ses rapports, concernant l'enfant, avec les tiers. Ces arguments expliquent le choix du juge français afin d'apporter une solution à ce casse-tête juridique offert par la réception d'une telle institution qu'est la kafala. Si les limites de cette solution se font sentir, c'est certainement dans les effets produits par la kafala sur le territoire français.

¹²⁵⁷ Voir l'arrêt de la CAA Bordeaux, 10 juin 2008, préc.

¹²⁵⁸ M. LAMARCHE et A. GOUTTENOIRE, op. cit., n°25, p. 45.

II- Les effets de la kafala en France

1023. Le problème de la qualification résolu, le juge assimile la kafala à une délégation d'autorité parentale permettant ainsi la création d'un lien défini entre le kafil et le makfoul. Les limites de cette assimilation se font, certes, sentir lors de la qualification elle-même puisqu'elle ne répond pas parfaitement à ce que représente réellement une kafala mais ils se font sentir de manière encore plus criante concernant les effets de cette kafala marocaine sur le territoire français après sa transformation en délégation d'autorité parentale. Cette tentative d'équivalence offre des résultats imparfaits dès qu'il s'agit d'étudier concrètement ses effets devant le juge français (A), si ce dernier se trouve compétent pour y répondre (B).

A- L'imperfection des effets de la qualification de la kafala

1024. S'il est possible de dépasser le problème de la qualification, les effets du recours à la délégation d'autorité parentale offrent rapidement des résultats loin d'être satisfaisants. Malgré sa simplicité, une telle équivalence entre les deux institutions garde « un caractère boiteux »¹²⁵⁹. Puisque la qualification est imparfaite, il est évident que la délégation d'autorité parentale ne peut répondre que partiellement aux besoins et pour cause, elle ne peut produire des effets suffisants sans occulter les effets propres de la kafala étrangère (1) sans parler de la disparition de cette équivalence lors du retrait de la kafala, même devant un juge français (2).

1- Des effets incomplets et occultés

1025. L'assimilation de la kafala à une délégation d'autorité parentale produit tout naturellement des effets de l'institution française. Les imperfections de la qualification travestissent la kafala marocaine soit en atténuant ses effets (a) soit en les occultant (b).

¹²⁵⁹ M. LAMARCHE et A. GOUTTENOIRE, op. cit., n°26, p. 45.

a- Des effets incomplets

1026. Il est vrai que la délégation d'autorité parentale permet au kafil de ne pas se limiter aux actes usuels mais d'accomplir tous les actes relatifs à l'enfant que ce soit son éducation, sa surveillance et certainement sa représentation pour l'obtention d'un titre de séjour par exemple, comme le fera un père ou une mère¹²⁶⁰. Mais pour pouvoir assurer ces droits, la condition est que la délégation d'autorité parentale doit émaner d'un jugement prononçant une délégation totale¹²⁶¹. Si la délégation n'est que partielle, prenant en considération l'existence des parents d'origine, les choses peuvent devenir plus compliquées puisque ce type de délégation n'est pas adaptée à la relation entre le kafil et son makfoul résidant tous les deux sur le territoire français, sachant que dans la plupart des cas, lesdits parents, s'ils sont connus, vivent généralement à des centaines kilomètres de l'enfant, au Maroc.

1027. Mais cela ne veut pas dire que la délégation totale de l'autorité parentale n'offre pas, elle aussi des insuffisances. La première se situe dans le fait, que cette dernière ne peut faire produire des effets de filiation tels qu'ils cohabitent avec la kafala marocaine et que tant que l'enfant n'a pas obtenu la nationalité française, le rattachement qui se crée entre l'enfant et son kafil français reste très limité. Alors, dans le cas le plus courant, c'est-à-dire la kafala par un couple français souhaitant, sans succès, une adoption et qui ramène l'enfant marocain en France, les effets restent très limités.

1028. Il ne faut perdre de vue que la kafala ne s'effectue qu'au profit d'une seule personne et non d'un couple, de même pour la délégation d'autorité parentale qui n'intervient qu'au profit d'un délégataire, dans ce cas, le kafil et cela même si ce dernier est lié à une autre personne par les liens du mariage. Seule cette personne pourra prendre en charge l'enfant d'un point de vue juridique, l'autre devra se contenter d'un pouvoir de fait et non de droit. Dans le cas d'une séparation causée par un divorce, seul ce délégataire poursuivra la prise en charge de l'enfant dans le cas où le juge maintient la délégation. C'est pour cette raison que dans son arrêt du

¹²⁶⁰ Voir. CE, 30 juin 2003, préc., qui admet que le grand-père qui s'était vu confié sa petite-fille par une kafala, pouvait agir au nom de celle-ci, notamment pour contester un refus de visa d'entrée en France.

¹²⁶¹ C. civ., art. 377-1.

30 juin 2005, la cour d'appel de Douai a refusé que « le juge qui prononce le divorce de deux époux statue sur les mesures relatives à un enfant n'ayant avec ceux-ci aucun lien de filiation » et elle a réformé la décision qui constatait l'exercice conjoint de l'autorité parentale¹²⁶². La situation sera complètement différente et la question ne se posera pas si les deux parents qui ont recueilli l'enfant avaient exercé en commun l'autorité parentale avant leur séparation.

1029. Les effets de l'absence de lien de filiation se font sentir encore plus lors de la disparition de l'exercice de la délégation de l'autorité parentale, que cette dernière soit le fruit d'une décision du juge ou du délégataire¹²⁶³, du décès de ce dernier ou bien à cause de la majorité de l'enfant. Ainsi, le lien créé entre le kafil et le makfoul grâce à la délégation d'autorité parentale ne reste que temporaire et par conséquent précaire, mettant fin à toute obligation entre le délégataire et l'enfant dès que ce dernier atteint ses dix-huit ans, l'âge de sa majorité. De la même façon, aucun droit de succession ne peut être revendiqué ni au profit du makfoul ni à celui du kafil¹²⁶⁴. Ces insuffisances, comme le rappelle M. LAMARCHE et A. GOUTTENOIRE¹²⁶⁵, ne s'arrêtent pas seulement au rapport entre le délégataire et l'enfant mais elles se font sentir aussi dans le rapport avec les tiers. Ainsi, en cas de dommage causé par l'enfant à un tiers, ce dernier peut recourir aux dispositions de l'article 1384, alinéa 4 du Code civil disposant de la responsabilité des parents du fait de leurs enfants exigeant un lien de filiation avec le dit enfant¹²⁶⁶. Dans la mesure où il n'y a pas de filiation, l'article ne peut jouer.

1030. A vrai dire, le délégataire ne jouit que de manière très limitée de son pouvoir sur l'enfant. Il n'a aucun droit d'intervenir pour consentir au mariage du makfoul avant sa majorité. Il en est de même dans le cas de l'adoption du makfoul par un autre kafil, le délégataire n'a aucun pouvoir de consentement.

¹²⁶² CA Douai, 30 juin 2005, n° et 0032, publié par le service de documentation de la Cour de cassation.

¹²⁶³ Sur cette possibilité, v. CA Versailles, 25 juin 1998 : *BICC* 1er mars 1999, n° 266.

¹²⁶⁴ V. M. WEBDLING et C. DUVAL-VERON, « Kafala et droit patrimonial », *famille.*, janvier 2009, p. 30.

¹²⁶⁵ M. LAMARCHE et A. GOUTTENOIRE, *op. cit.*, n°26, p. 45.

¹²⁶⁶ Il serait éventuellement envisageable de recourir à l'article 1384, alinéa 1er, afin de rendre responsable le délégataire sans que toutefois cette solution soit véritablement satisfaisante dès lors que la délégation est en réalité conçue pour des hypothèses de simple suppléance des parents et non de substitution à ceux-ci.

En effet, comme le système juridique français ne connaît que la filiation et ses corollaires, la délégation d'autorité parentales ne peut parvenir à combler le vide juridique que très partiellement¹²⁶⁷ et ne pourra atteindre les pleins effets de la kafala. Seule en réalité l'ouverture d'une tutelle permet une réelle substitution aux pouvoirs des parents¹²⁶⁸.

L'un des arguments qui reste en faveur de la délégation de l'autorité parentale est que cette dernière, malgré ses insuffisances, est une solution permettant d'offrir une sécurité juridique puisqu'elle éclaircit la situation vis-à-vis des tiers et permet à l'enfant d'obtenir la nationalité française, passé le délai de cinq ans. Il est clair que c'est une solution temporaire qui constitue une étape vers la création d'un lien plus durable et stable pour le kafil et le makfoul. Mais cela ramène vers un résultat très imparfait.

Pourtant, on en vient alors à un autre résultat tout aussi approximatif, en oubliant les effets de la kafala d'origine.

b- Des effets occultés

1031. Les effets de la kafala tels que prévus par le dahir marocain portant sur la kafala différent de ceux de la délégation de l'autorité parentale. La question qui s'impose est de savoir si le régime juridique marocain risque de perturber celui de la délégation. Quelle est la place réelle de la kafala sur le territoire français ? Le juge cumule-t-il les effets des deux institutions ou ignore-t-il les effets spécifiques de la kafala marocaine sous prétexte que l'enfant vit en France et que par conséquent il entretient avec ce pays des liens plus forts?

1032. Il est vrai que le juge préférera sûrement choisir d'ignorer les effets de la kafala marocaine et se contenter des effets de la délégation de l'autorité parentale puisque c'est l'institution qu'il maîtrise au mieux. Mais, il reste que certains effets de

¹²⁶⁷ Voir, sur les effets sociaux, supra étude 5, M. BADEL et O. PUJOLAR, *Dr.Fam.*, janvier 2009.

¹²⁶⁸ Sur ce point, Voir, supra étude 10, J.-M. Plazy, *Dr.Fam.*, janvier 2009.

la kafala seront occultés, malgré le fait qu'ils ne peuvent être négligés et l'un des effets les plus importants est celui de la transmission du nom du kafil au makfoul.

1033. Rappelons que la loi marocaine confère le droit au kafil de donner son nom au makfoul sans toutefois qu'il soit inscrit sur son état civil, mais dans un autre document à part car il ne peut être inscrit dans la descendance du père ou dans le livret de famille. Cette apparence de filiation peut correspondre en droit français aux premiers éléments constitutifs d'une possession d'état. Mais cet effet reste très spécifique à la kafala marocaine et ne trouve pas d'équivalent en droit français et certainement pas dans les effets de la délégation d'autorité parentale. Même si cette dernière est totale, elle ne prévoit pas la possibilité au délégataire de transmettre un lien de filiation. Seul l'établissement d'un lien de filiation peut permettre une telle opération.

1034. La réaction du juge français, face à cet effet de la kafala, est très logique. Il admet la continuité de la situation acquise à l'étranger en admettant le changement de nom du makfoul découlant de la kafala mais il s'oppose à la déduction d'un quelconque lien de filiation entre le kafil et le makfoul¹²⁶⁹. Si cet effet de la kafala marocaine ne pose aucun problème au juge français lui permettant de respecter l'institution étrangère, un autre effet de cette dernière paraît plus compliqué à respecter. Il s'agit du caractère révocable de la kafala.

2- Les effets du retrait de la kafala

1035. En effet, comme cela a été signalé précédemment, en droit marocain, le kafil a le droit de révoquer à tout moment la kafala mettant fin au lien qu'il entretient avec le makfoul. Le problème posé par la révocabilité de cette institution ne s'arrête pas seulement à l'effet de précarité préjudiciable à l'enfant, essentiellement causé par la simplicité avec laquelle le kafil peut rompre le lien par sa simple volonté, sans passer par une décision judiciaire, mais il concerne aussi le sort de la délégation d'autorité parentale et son maintien envers l'enfant en France.

¹²⁶⁹ Voir. CA Paris, 1^{re} ch., sect. C., 29 sept. 2005, n° 2005-06690.

Sachant que cette délégation n'est que la traduction de la kafala en France, il est alors difficile de la maintenir après la disparition de la kafala mais la situation n'est pas aussi simple qu'elle l'est au Maroc. En droit français, il n'est pas possible de mettre fin à la délégation d'autorité parentale par la seule volonté du délégataire¹²⁷⁰.

Le maintien de la délégation d'autorité parentale paraît alors comme une exigence d'ordre public et c'est au nom de ce dernier que le juge français limitera les effets de la kafala marocaine. Mais la solution donnera lieu à une situation bien douteuse puisqu'il est très difficile d'imaginer imposer concrètement au kafil-délégataire une prise en charge d'un enfant dont il ne désire plus assumer l'éducation et l'entretien.

1036. Une autre situation démontre parfaitement les limites de cette solution, celle dans laquelle les parents biologiques demandent de reprendre l'enfant tel que cela est prévu par le droit marocain. Sachant que lesdits parents gardent un lien fort avec le makfoul, puisqu'ils sont toujours liés par la filiation, il est difficile, pour autant, de concevoir qu'une telle demande puisse être jugée irrecevable. Quelle sera la réaction du juge français aux affaires familiales vis-à-vis du maintien de la délégation d'autorité parentale ? Y mettra-t-il fin ou prendra-t-il en considération l'intérêt de l'enfant pour déterminer la solution ?

1037. Cette question montre l'ampleur ainsi que « la délicate conciliation »¹²⁷¹ des effets de la kafala en tant qu'institution étrangère avec son palliatif français. Mais avant d'y répondre, il paraît essentiel non seulement de comprendre les effets d'une telle qualification mais aussi de mettre le projecteur sur la compétence même du juge français. Il ne faut oublier, que de toutes les manières, dès qu'il agit de kafala, il s'agit aussi de situations internationales traitant de la loi compétente. Il paraît alors essentiel, pour connaître des effets de la kafala, de savoir quelle est l'étendue de la compétence du juge.

B- De la compétence du juge français face à la kafala marocaine

¹²⁷⁰ C. civ., art. 377-2 qui prévoit que « la délégation pourra, dans tous les cas prendre fin ou être transférée par un nouveau jugement, s'il est justifié de circonstances nouvelles ».

¹²⁷¹ M. LAMARCHE et A. GOUTTENOIRE, op. cit., n°38, p. 47

1038. Il est aisé de comprendre toutes les raisons pour lesquelles les kafils préfèrent souvent se placer sous l'empire de la loi française ou sous l'empire d'une institution consacrée par le droit français en raison de toutes les incertitudes que peut causer la réception d'une institution étrangère telle que la kafala créant ainsi un climat d'insécurité pour toutes les parties. Il est envisageable alors de se poser la question de savoir l'étendue de la possibilité de solliciter un juge français concernant les effets de la kafala en France et parmi eux sa cessation.

1039. Cette question s'est effectivement posée devant un juge français et plus précisément devant la Cour d'appel de Limoges¹²⁷² qui devait se prononcer sur la compétence du juge français concernant la cessation d'une kafala et sur le fondement de cette compétence.

Cet arrêt répond pour la première fois à la problématique de la compétence du juge français concernant les effets de la kafala. Il traite le cas de deux enfants qui ont été confié par leurs parents à leurs grands-parents vivant en France via une kafala. Les enfants mineurs ont pu rejoindre leur kafil en France au titre d'un regroupement familial, suivis deux ans plus tard par leur père. Le kafil a décidé, après la mort de sa femme, de rentrer en Algérie. Pour que les enfants puissent rester en France près de leur père, ce dernier a saisi les tribunaux français d'une demande tendant à la restitution totale de ses droits parentaux et donc de l'exercice de l'autorité parentale sur les deux enfants, ce qui revenait, pour le juge français, à se prononcer sur la cessation de la kafala décidée par un juge étranger et totalement inconnue du droit français.

La réponse du Tribunal de grande instance de Limoges a été de décliner sa compétence et de renvoyer les parties à mieux se pourvoir. Il a ainsi répondu à la difficulté de la manière la plus simple, sans risquer de s'aventurer dans les entrailles d'une institution inconnue en préférant l'abandonner à une juridiction qui l'a créée.

1040. La question aurait pu s'arrêter à ce point si le père des enfants n'avait pas fait appel afin d'inviter la Cour d'appel à revenir sur la position du Tribunal de

¹²⁷² CA Limoges, 25 janvier 2011, *Rev. crit. DIP* 2011, note, F. MARCHADIER, p.690 et s.

grande instance en acceptant la compétence du juge français pour connaître de la demande. Il soutenait que ses droits parentaux devaient lui être restitués sur le fondement de la loi algérienne puisque cette dernière régit la kafala et, subsidiairement sur le fondement de la loi française puisqu'elle régit la délégation de l'autorité parentale. Le ministère public qui concluait également à l'infirmité du jugement rendu en première instance demandait aussi à la cour d'exercer sa compétence.

La seule référence qui a été argumentée concerne celle de la détermination de la loi algérienne comme loi compétente en se fondant sur l'article 3 de la convention de la Haye du 5 octobre 1961. Cet article dispose, effectivement, qu'un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur est ressortissant est reconnu dans tous les Etats contractants. Ainsi, il est à remarquer qu'il s'agit de donner compétence à la loi nationale de l'enfant afin d'évoquer la cessation d'une mesure judiciaire, qui est la kafala, autorisée par un juge étranger. La conséquence est certainement importante et ses effets ne sont guère négligeables. Mais au lieu que la Cour réponde à la question de savoir selon quelle loi la cessation de la kafala doit s'apprécier, la concentration des juges était essentiellement sur la cause et sur le fait de savoir si le père était capable d'assumer pleinement ses droits parentaux sur les enfants et non s'il était titulaire de ces dits droits.

1041. Un autre point à soulever est que les individus concernés par cette affaire sont ressortissants algériens, Etat considéré comme tiers. La situation met alors, en lumière des « conflits » et des « interférences »¹²⁷³ entre le droit de l'Union et le droit de La Haye. C'est en procédant à leur articulation que la Cour d'appel de Limoges va réformer le jugement du TGI, en affirmant sa compétence pour connaître de la demande et en recourant au mécanisme de l'adaptation afin d'y accéder sur le fondement de la loi française.

1042. Ainsi la Cour d'appel de Limoges répondra à une question vitale pour les kafils français ou résidents en France qui concerne la compétence du juge français

¹²⁷³ E. GALLANT, « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », *Defrénois*, 2004, n° 91 s.

pour connaître de la cessation de la kafala et ainsi reconnaître celle de juger ses effets (1) et mettre la lumière sur la loi applicable au retrait de la kafala (2).

1- La compétence du juge français pour connaître les effets de la kafala

1043. La difficulté de la réception d'une institution étrangère telle que la kafala ne se traduit pas seulement dans sa qualification par le for français mais aussi dans son insertion dans l'ordre juridique de ce for. Même si la kafala est claire, limpide dans sa définition, dans ses conditions et aussi dans ses effets, le juge français reste face aux difficultés de son insertion puisque, comme il a été déjà signalé, il ne dispose pas des instruments indispensables à sa mise en œuvre, ce qui entraîne des conséquences réelles, essentiellement pour les parties. Ces dernières ont des attentes légitimes auxquelles qu'ils auront la surprise de voir déjouées par des solutions non envisageables ni par eux ni par le système juridique à l'origine de l'institution¹²⁷⁴.

1044. Pour que le juge du for ne soit pas confronté à ce genre de questions relevant d'institutions inconnues, il doit porter une attention particulière à l'élaboration des règles de compétence internationale.

A vrai dire, cette question n'est pas exclusive à la problématique de la kafala, une autre institution bien européenne a soulevé ce genre de question. Il s'agit du trust qui reste une institution complètement inconnue du système français telle que la kafala. Afin d'échapper à la compétence exclusive des juridictions du lieu de la situation de l'immeuble, susceptibles d'ignorer l'institution, la Cour de justice de l'union européenne a estimé que l'action du bénéficiaire du trust contre le trustee était de nature personnelle¹²⁷⁵. C'est cette solution qui a inspiré le Tribunal de grande instance de Limoges qui a sans doute cru pouvoir exploiter cette voie.

Le tribunal s'est fondé sur l'article 125 du Code de la famille algérien qui énonce que « l'action en abandon du recueil légal doit être introduite devant la juridiction qui l'a attribué après notification au ministère public », pour constater le droit du père des

¹²⁷⁴ F. MARCHADIER, art. préc., p. 694

¹²⁷⁵ CJCE, 17 mai 1994, n° C-294/92, *Webb c/ Webb (Mme)*, D. 1994. 153 ; *Rev. crit. DIP* 1995. 123, note J.-P. BÉRAUDO ; *JDI* 1995. 477, note J.-M. BISCHOFF, CDE 1995. 202 note H. TAGARAS.

enfants de saisir la juridiction algérienne puisque la kafala a été accordée par un jugement algérien. Cette référence reste étonnante et peut être qualifiée de douteuse et cela pour deux raisons. En premier lieu, l'article 125 vise l'action d'abandon de la kafala, c'est-à-dire une action qui ne peut être introduite que par le kafil, dans ce cas le grand-père des enfants et non le père. L'interprétation de l'article est donc erronée. En deuxième lieu, il existe un article dans le Code algérien, l'article 124 qui traite de l'action du père tendant à la restitution des droits parentaux. Or, cet article ne se réfère nullement à la revendication d'une compétence exclusive de l'ordre juridique algérien¹²⁷⁶.

1045. Mais revenons à la kafala marocaine et imaginons alors que la même situation se soit posée devant le juge mais que cette fois, cela concerne une kafala constituée au Maroc. Le dahir régissant cette dernière ne va pas aussi loin que le Code algérien pour ce qui concerne la compétence judiciaire. À vrai dire, il y a un seul article¹²⁷⁷ qui traite de manière générale la cessation de la kafala et qui inclut l'annulation de cette dernière par le juge soit par la renonciation de la kafala par le kafil soit par demande introduite devant le juge par les parents pour constater son inutilité. La seule référence concernant la compétence judiciaire traite essentiellement du tribunal du lieu de la résidence de l'enfant ou de son délégué et ne traite nullement de compétence exclusive du tribunal marocain. Il est possible d'admettre que le tribunal français du lieu de la résidence de l'enfant et de son kafil, soit compétent pour connaître des actions concernant la kafala ainsi que sa cessation.

1046. Mais, comme le constate bien M. Marchadier, ce n'est pas la justesse de l'interprétation du tribunal de l'article 125 du Code de la famille qui importe. Ce qui est étonnant dans ce jugement, c'est surtout l'analyse de la compétence internationale. En effet, l'auteur souligne une erreur dans l'analyse entreprise par le Tribunal de grande instance de Limoges qui est identique à celle commise par la

¹²⁷⁶ « ...Si aucun texte ne vise particulièrement la kafala, il résulte cependant de l'article 426 du Code de procédure civile et administrative que le tribunal compétent est, en matière de droit de garde, de droit de visite et d'autorisations administratives délivrées au mineur, celui du lieu où s'exerce la garde ; et, en matière de tutelle, celui du lieu où s'exerce la tutelle (avant la réforme opérée en 2008, l'article 8 du Code de procédure civile précisait que ces compétences revêtaient un caractère exclusif). Ainsi, en l'espèce, il n'y avait, semble-t-il, aucune revendication de compétence de la part de l'ordre juridique algérien ». F. MARCHADIER, art. préc., note 15, p. 694.

¹²⁷⁷ article 25 du D. K. v. infra, p. 179.

juridiction administrative statuant dans la même affaire même si elle concernait une question différente¹²⁷⁸. En effet, la consultation du droit étranger n'a pas de sens dans cette affaire, aucun risque concernant l'harmonie internationale des solutions ne se pose et le danger de se retrouver face à une situation boiteuse ne se présente pas. Dans ce sens, « chaque Etat décide pour lui seul les limites qu'il convient d'assigner à l'exercice du pouvoir juridictionnel de ses tribunaux »¹²⁷⁹. Rien n'empêche le TGI de rechercher un fondement à sa compétence dans son droit interne, dans le droit européen et même dans le droit international.

1047. Il est évident que la tâche est difficile, surtout que la kafala est une institution difficile à qualifier mais il est aisé de retenir l'essentiel qui est qu'en droit marocain comme en droit algérien, la kafala est une mesure de protection des enfants et, le cas échéant, d'aménagement de la responsabilité parentale. C'est à partir de ce constat que la kafala peut entrer dans une catégorie plus large que celles créées par le for, comme c'est le cas dans la convention de La Haye de 1961 et dans le règlement de Bruxelles II *bis*. Le choix de ces deux instruments n'est guère un hasard. Malgré leur silence sur la kafala, la convention de 1961 a pour objet la protection des mineurs, qu'il s'agisse de sa personne ou de ses biens¹²⁸⁰. Le plus important est la fonction de la mesure. Dès lors qu'elle tend à protéger l'enfant, elle tombe dans son champ d'application. Quant au règlement, son intitulé ne vise que la responsabilité parentale mais ses dispositions en expriment une conception plutôt accueillante¹²⁸¹ puisque la Cour de justice a eu l'occasion d'indiquer expressément qu'elle incluait les mesures de protection des mineurs¹²⁸². Un rapprochement avec la convention de La

¹²⁷⁸ C. A. Appel Bordeaux, 10 juin 2008, n° 07BX02520 : le père contestait devant les juridictions administratives l'arrêté du préfet de la Haute-Vienne portant refus de titre de séjour et obligation de quitter le territoire français. L'arrêté est annulé pour vice de forme, mais, sur le fond, le juge constate qu'il n'est entaché d'aucune erreur manifeste d'appréciation parce que la présence du requérant n'apparaît pas nécessaire pour soutenir son propre père et que sa femme réside en Algérie. Surtout, il n'exerce pas l'autorité parentale sur ses deux enfants et n'établit pas subvenir à leurs besoins. Et, le juge ajoute alors qu'il lui « appartient d'entreprendre auprès des autorités algériennes compétentes les démarches requises pour mettre un terme à la délégation d'autorité parentale qu'il avait consentie à ses parents ».

¹²⁷⁹ F. MARCHADIER, art. préc., p. 695.

¹²⁸⁰ Vt. W. de STEIGER, Rapport explicatif de la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, p. 12 (disponible sur le site internet de la conférence de La Haye de droit international privé, www.hcch.net).

¹²⁸¹ F. JAULT, « La notion de responsabilité parentale », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), Dalloz, 2005, p. 157.

¹²⁸² CJCE, 27 nov. 2007, n° C-435/06, Enfants C., *AJDA* 2007. 2228 ; D. 2008. 27 ; *AJ Fam.* 2008. 82, obs. A. BOICHÉ ; *Rev. crit. DIP* 2009. 342, note E. GALLANT.

Haye de 1996¹²⁸³ se révèle encore plus éclairant puisque cette dernière traite explicitement la kafala. Tous ces textes ne sont pas si différents les uns des autres. Ils ont tous en commun la même construction se fondant sur un modèle identique. Ils ont un objet défini d'une manière générale et qui se précise par une liste non exhaustive de mesures qui en relèvent. Ainsi l'article 3, e), de la convention de 1996 mentionne « le placement de l'enfant dans une famille d'accueil ou dans un établissement » et c'est exactement ce qui est disposé par l'article 1, § 2, d), du règlement de Bruxelles II *bis*.

Mais si le silence du règlement sur la kafala reste compréhensible, cela ne veut pas dire que l'Union européenne considère la kafala comme une institution qui a un but autre que le placement d'enfant. Mais il est probable que ce silence s'explique plutôt par le fait que la kafala est tout simplement une institution étrangère proposant une mesure inconnue des États membres. La proximité des deux textes, voulue par l'Union elle-même¹²⁸⁴ est une explication qui exclut l'idée du refus de l'institution par le règlement, d'autant que ce dernier définit à travers son article 1, § 3, les matières auxquelles le règlement ne s'applique pas et parmi elles, aucune ne rappelle la kafala et il n'y a aucune suggestion de se limiter aux mesures et institutions consacrées dans les seuls États membres. C'est cette lecture qui est adoptée par la cour d'appel en faisant entrer la kafala dans la « responsabilité parentale » au sens du règlement.

Ainsi, la compétence des juridictions françaises peut être le résultat soit du règlement Bruxelles II *bis*, soit de la convention de la Haye de 1961, puisque au moment où la décision a été rendue, la France n'avait pas encore ratifié la convention de 1996. Mais ce résultat n'est pas sans encombre. Comme le soulève M. Marchadier, deux difficultés se présentent. La première concerne l'applicabilité spatiale et la deuxième les relations entre un texte de l'Union et un autre instrument ayant le même objet¹²⁸⁵.

¹²⁸³ Contrairement à l'Algérie, le Maroc est pays membre de la convention l'ayant ratifié le 22 août 2002.

¹²⁸⁴ S. ARMSTRONG, « L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, ouvrage préc., p. 118.

¹²⁸⁵ F. MARCHADIER, art. préc., p. 696 et p. 698.

1048. Le problème de l'applicabilité spatiale des textes se pose essentiellement quand la kafala, comme dans ce cas, est algérienne. Aujourd'hui, la question se posera différemment pour la kafala marocaine puisque la France comme le Maroc ont ratifié la convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Mais il est très intéressant de comprendre le raisonnement tenu par M. Marchadier, car si le Maroc est considéré comme Etat partie à la convention de 1996, il est un Etat tiers de celle de 1961 et il n'est évidemment pas partie du règlement. Il est donc, essentiel de comprendre le mécanisme octroyant la compétence à l'ordre juridique français face à une institution étrangère importé d'un Etat tiers à la convention de La Haye de 1961 et bien sûr du règlement de l'Union. Il s'agit essentiellement, dans ce cas, de parties qui ont toutes la nationalité algérienne et même si les enfants et leur père vivent en France, leur mère et leur kafil résident en Algérie qui ne fait pas partie d'aucune des conventions citées. Se pose alors la question de l'applicabilité, surtout celle du règlement, dans les relations avec les pays tiers.

1049. Pour ce qui concerne la convention de La Haye, le texte est clair et détermine son applicabilité de façon très large grâce à l'article 13. Cet article dispose, dans son premier alinéa, que la résidence habituelle du mineur sur le territoire d'un des Etats contractants est suffisante et comme la France n'a pas émis de réserve sur la possibilité des Etats de restreindre le champ de la convention aux ressortissants des Etats membres telle qu'elle est formulée par l'alinéa 3, elle n'est pas dans l'obligation d'appliquer une telle mesure, permettant ainsi à la convention de 1961 de s'appliquer.

1050. Pour ce qui est du règlement Bruxelles II *bis*, le texte ne comporte aucune restriction de son champ d'application dans l'espace¹²⁸⁶ et il suffit que le litige relève de son domaine matériel sans exigence particulière d'un degré d'intégration

¹²⁸⁶ M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE de La PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ, 2e éd., 2009, n° 453 ; C. NOURISSAT, « Le règlement Bruxelles II bis : conditions générales d'application », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, ouvrage préc., p. 7

dans l'Union¹²⁸⁷. Dans ce cas, comme le signale M. Marchadier, la recherche de la compétence découle soit de l'un des critères de rattachement prévus par le règlement¹²⁸⁸, soit, à défaut, de l'application résiduelle du droit international privé national¹²⁸⁹. Cette conclusion est encore plus juste, essentiellement, dans ce cas comme dans des cas semblables qui peuvent se présenter devant les juges français. Les liens entretenus entre les enfants et la France, lieu de leur résidence, sont substantiels. Ainsi, intervient le critère de proximité qui y trouve tout son sens puisque c'est dans l'intérêt supérieur des enfants que l'autorité compétente est celle la plus proche des conditions de leur vie afin d'évaluer rapidement et comprendre au mieux leurs besoins. Ce n'est que l'autorité du pays où se trouve la résidence habituelle des enfants qui sera compétente puisqu'elle est la mieux placée pour connaître leur milieu social et familial. C'est justement, pour ces différentes raisons, que le règlement privilégie la compétence de l'Etat où l'enfant a sa résidence habituelle.

1051. Ce critère de rattachement a d'ailleurs fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour de justice à l'occasion de deux arrêts tendant vers la même perspective. Dans le premier arrêt¹²⁹⁰, la Cour met précise que « cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial. A cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un Etat membre et du déménagement de la famille dans cet Etat, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans le dit Etat. Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières à

¹²⁸⁷Comp., en matière de désunion, Civ. 1re, 22 févr. 2005, n° 02-20.409, D. 2005. 1459, note S. SANA-CHAILLÉ de NÉRÉ ; *ibid.* 2006. 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *AJ Fam.* 2005. 277, obs. S. DAVID ; *Rev. crit. DIP* 2005. 515, note E. PATAUT.

¹²⁸⁸ Art. 3 à 5 en matière de désunion ; art. 8 à 13 en matière de responsabilité parentale.

¹²⁸⁹ Art. 7 en matière de désunion ; art. 14 en matière de responsabilité parentale.

¹²⁹⁰ CJCE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, D. 2009. 1149 ; *ibid.* 2010. 1585, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *AJ Fam.* 2009. 298 ; *ibid.* 294, étude A. BOICHÉ ; *Rev. crit. DIP* 2009. 791, note E. GALLANT ; *RTD civ.* 2009. 714, obs. J. HAUSSER ; *RTD eur.* 2010. 421, chron. M. DOUCHY-OUDOT et E. GUINCHARD ; *JCP G* 2009/41. 33, note F. BOULANGER.

chaque cas d'espèce ». Dans le second arrêt¹²⁹¹, elle ajoute que chacun de ces indices est empreint d'une certaine relativité et s'apprécie différemment selon l'âge de l'enfant et en particulier celui qui tient à la durée de la résidence.

Sur ce point, le règlement, encore une fois, rejoint la convention de La Haye qui opte pour le même critère de rattachement en définissant la résidence habituelle non pas par sa durée mais par son effectivité en tant que centre de vie du mineur¹²⁹². Reste alors la dernière difficulté. Elle traite des relations entre un texte de l'Union européenne tel le règlement et les autres instruments ayant le même objet, telle la convention de La Haye de 1961. A vrai dire, pour une fois, la difficulté est imaginaire puisque le règlement a devancé cette question en citant expressément la convention de La Haye de 1961 et en disposant dans son article 60, a) sa primauté sur la convention dans toutes les matières qu'il règle¹²⁹³.

1052. Cette analyse est pertinente et elle ne concerne pas seulement le cas de l'affaire de la Cour d'appel de Limoges. Mais il est facile d'imaginer que la compétence du juge français est sans appel concernant la kafala dès que les kafils ont pour résidence habituelle le territoire français. C'est au nom de l'article 8 du règlement de Bruxelles II *bis* que les juridictions françaises sont compétentes. Cet article, applicable aussi bien matériellement que personnellement¹²⁹⁴, permet alors aux juges de fonder leur compétence. Il convient alors de déterminer la loi au regard de laquelle il convient d'examiner la demande de cessation de la kafala.

2- De la loi applicable aux effets de la kafala

¹²⁹¹ CJUE, 22 déc. 2010, n° C-497/10, D. 2011. 248 ; *ibid.* 1374, obs. F. JAULT-SESEKE ; *RTD eur.* 2011. 481, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *Mercredi, Europe*, 2011/3. 26, obs. L. IDOT ; *Procédures*, 2011/2. 27, obs. C. NOURISSAT.

¹²⁹² W. de STEIGER, *Rapp. préc.*, p. 14.

¹²⁹³ La solution est la même pour ce qui concerne la convention de 1996, désormais en vigueur en France (règl. n° 2201/2003 Bruxelles II bis, art. 61, a)

¹²⁹⁴ M. Marchadier ajoute une note où il exprime que « Dès lors, l'absence de considération pour le droit étranger pour déterminer la compétence des juridictions françaises était d'autant plus justifiée (arg. *CJCE*, 1er mars 2005, n° C-281/02, Owusu c/ Jackson, D. 2006. 1259, obs. C. NOURISSAT ; *ibid.* 1495, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2005. 698, note C. CHALAS ; *JDI* 2005. 1177, note G. CUNIBERTI et WINKLER ; *Gaz. Pal.* 2008. 148. 31, note M.-L. NIBOYET ; comp. règl. n° 2201/2003 Bruxelles II bis, art. 15 relatif au renvoi de compétence à une juridiction mieux placée pour connaître de l'affaire, cette juridiction devant être celle d'un Etat membre », *op. cit.*, note n°31, p. 698.

1053. Si la compétence des juridictions française se fonde, essentiellement et formellement, sur le règlement, cela ne disqualifie pas pour autant la convention de la Haye de 1961 pour décider de la loi applicable à la cessation de la kafala. Les deux textes se basent sur la même philosophie et empruntent les mêmes critères puisque les deux attribuent la compétence à l'autorité de la résidence habituelle du mineur, celle qui est la plus proche et la plus liée au lieu de vie de l'enfant. Ainsi, le juge peut déterminer la loi applicable au litige en se fondant sur la convention de La Haye de 1961.

1054. Afin de répondre à la question de la loi applicable aux effets de la kafala, il est nécessaire de revenir à la définition même de la kafala et de comprendre si elle est effectivement une mesure de protection telle qu'elle est définie par la convention à partir de son article 2 ou s'il est possible de la considérer comme un rapport d'autorité résultant de plein droit de la loi interne de l'Etat dont le mineur a la nationalité comme le prévoit l'article 3.

Une simple lecture du fonctionnement de la kafala, qu'elle soit marocaine ou comme dans le cas de l'arrêt, algérienne, permet à la Cour d'appel de Limoges d'opter pour la première solution. En effet, il n'est pas possible de considérer que la kafala crée un rapport d'autorité entre le kafil et le makfoul puisque le lien ne naît pas automatiquement¹²⁹⁵. Dans les deux kafalas, c'est le juge ou le notaire qui attribuent le recueil légal, à travers une intervention qui n'est pas que formelle mais essentielle. Sans oublier que le consentement des parents de l'enfant, s'ils sont présents, est requis dans la situation d'une kafala notariale. Cette lecture explique évidemment la référence à l'article 2 de la convention qui établit une liaison entre le *forum* et le *jus* en disposant que l'autorité compétente aux termes du premier article de la convention prend les mesures prévues par sa loi interne et que « cette loi détermine les conditions d'institution, modification et cessation des dites mesures. Elle régit également leurs effets tant en ce qui concerne les rapports entre le mineur et les personnes ou

¹²⁹⁵ Pour ce qui est de ce cas, c'est à dire la kafala algérienne. V. M. BOULENOUAR AZZEMOU, « Recueil légal (kafala) et droit(s) positif(s) », *Dr. Fam.* 2009/1. 3, dossier préc. Et pour ce qui est de la kafala marocaine, V. *supra*, le paragraphe sur la kafala en droit marocaine n° 505

institutions qui en ont la charge, qu'à l'égard des tiers »¹²⁹⁶. Ainsi, c'est le conflit d'autorités qui intéresse les juges français puisqu'il donne une autre dimension à la qualification même de la kafala et il suffit alors, de l'intégrer dans une catégorie de rattachement aussi vaste que celle de la responsabilité parentale pour connaître de cette institution puisque « la loi applicable est dans la dépendance de la compétence de l'autorité »¹²⁹⁷.

Cette solution paraît d'autant plus préférable que la corrélation entre le forum et le jus apporte une réponse appropriée puisqu'en tenant compte du champ de la compétence de l'article 2, alinéa 2, la question de la compétence du juge français pour ouvrir une kafala ne se pose pas. En effet, il ne peut, grâce au règlement Bruxelles II bis, se fonder que sur sa propre loi ainsi il n'appliquera que les dispositions prévues par loi française. La demande relative à la protection de l'enfant devra être introduite qu'en accord avec ses dispositions.

La solution paraît adéquate et répond à la fois au problème de connaître de l'autorité compétente et la loi applicable. Mais il est légitime de se poser la question de savoir comment cette autorité gèrera une institution qui lui est étrangère, telle que la kafala. Cette question renvoie à l'imperfection de la solution puisqu'il n'y a pas meilleure solution que de soumettre la kafala à la loi qui l'a forgée. Il convient, dans cette situation, de prévoir un accord ou un partenariat pour désigner un critère de rattachement adéquat comme il est disposé dans l'article 515-7-1 du Code civil ou de suivre la proposition de la conférence de la Haye de droit international privé à l'égard du trust¹²⁹⁸ qui tend vers la mobilisation de la méthode de la reconnaissance. C'est cette dernière méthode qui aura le plus de succès puisqu'elle tend vers plus d'harmonisation des solutions et vers le respect de la prévisibilité des parties¹²⁹⁹.

1055. La faille de la solution proposée pour déterminer la loi française comme loi compétente ramène vers les problématiques posées lors de la qualification

¹²⁹⁶ Convention concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961, art. 2, al. 2

¹²⁹⁷ F. MARCHADIER, art. préc., p. 699.

¹²⁹⁸ Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance

¹²⁹⁹ La première méthode concernant la règle de conflit applicable aux partenariats enregistrés adoptée en France, soulève des défauts v., P. HAMMJE, « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », *Rev. crit. DIP* 2009. p.483.

de la kafala. Dans le cas de l'arrêt de la Cour d'appel de Limoges, la kafala a été autorisée à l'étranger et elle est d'ores et déjà constituée. Le juge français était appelé à connaître de sa cessation, à modifier le rapport en mettant un terme à cette mesure de protection qui lui est étrangère. Sa confrontation à la kafala est inévitable, ce qui nous ramène au problème de transposition¹³⁰⁰ soulevé lors du traitement de la réception de l'institution.

Cette dernière s'articule difficilement avec la loi française et cela chaque fois qu'il s'agit de remettre en question ses effets comme par exemple le cas de divorce puisque la qualité de kafil n'est octroyée qu'à une partie du couple et non aux deux et comme il n'y a pas de filiation entre l'enfant et le kafil, il est difficile d'imaginer le juge octroyant une pension alimentaire, même si parmi les effets de la kafala, il y a l'engagement du kafil d'entretenir l'enfant comme le ferait un père pour son fils.

1056. La seule porte ouverte pour l'enfant lors d'une défaillance dans les obligations d'entretien est de solliciter le service d'une prestation sociale au profit du makfoul. Restant dans les effets d'un divorce du couple prenant en kafala un enfant, faute d'un lien de filiation entre le ou les kafils et le makfoul, le juge aux affaires familiales ne pourrait davantage constater l'exercice en commun de l'autorité parentale et fixer la résidence de l'enfant chez l'épouse¹³⁰¹. Ainsi, les limites des solutions trouvées pour intégrer la kafala dans le paysage juridique français sont rapidement visibles puisqu'elle ne peut être traduite par une adoption et que la tutelle donne lieu à des effets très limités.

1057. Dans le cas de l'affaire de la Cour d'appel de Limoges, le problème est le même puisque la cessation concerne une mesure qui n'existe pas dans la loi applicable. Or, pour cette fois, la solution proposée par les magistrats limougeaux reste plus adéquate. Ils ont suivi la tendance générale de la jurisprudence¹³⁰², en

¹³⁰⁰ Sur cette terminologie, Voir D. BUREAU, H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, t. I, Puf, Thémis, 2e éd., 2010, n° 474 et s.

¹³⁰¹ Amiens, 30 juin 2005, n° 04/03437.

¹³⁰² Versailles, 25 novembre 2010, n° 09/02062 : affirmant que la kafala est un acte de délégation de l'autorité parentale ; Limoges, 23 novembre 2010, n° 10/269 : analysant en l'espèce la kafala comme une délégation d'autorité parentale partielle, les kafils ne pouvant souscrire une déclaration de nationalité pour le mineur puisque l'acte de kafala établissait clairement que l'enfant n'était pas destiné à s'installer durablement en France ; CE, 27 juin 2008, n° 291561, Mme Etarh, Lebon ; *AJDA* 2008. 1296 ; *D.* 2009. 1918, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *AJ Fam.* 2008. 342, obs. F. Chénéde ; *RTD*

estimant que la kafala peut être « apparentée à une délégation d'autorité parentale puisque cette institution aboutit à transférer à un tiers, sous le contrôle d'une juridiction, un ensemble de devoirs et d'obligations résultant de plein droit de la filiation lorsqu'elle est établie ». Ainsi, ils ont proposé une présentation convaincante mais qui ne peut être générale. Dans ce cas, les parents des enfants sont présents, il est possible alors que cette décision prenne un sens puisque le lien de la filiation existe. Or, la kafala, essentiellement judiciaire, est plus ouverte aux enfants abandonnés et donc de filiation inconnue. Comment les magistrats réagiront-ils pour la cessation de kafala d'un enfant n'ayant pas de filiation connue ? Est-ce que l'assimilation de l'institution à une délégation d'autorité parentale est toujours possible ?

1058. Aucune institution française, qu'elle soit la délégation de l'autorité parentale ou la tutelle, ne peut prétendre exprimer toutes les étendues de la kafala ainsi que toute sa complexité puisqu'il n'existe pas d'équivalent global, ce qui amène à revenir à la proposition de M. Hauser estimant qu'il faut faire appel à « l'imagination juridique »¹³⁰³. Il s'agit d'un changement d'orientation radicale qui tend non vers la recherche de l'institution française correspondant au mieux à la kafala, ce qui est définitivement impossible mais vers la recherche de la disposition française qui répond le mieux à la demande, selon ce que commandent l'intérêt supérieur de l'enfant et, dans la mesure du possible, le droit étranger. Ainsi, il convient d'ouvrir plus d'horizons en axant la recherche non seulement sur les dispositions françaises mais aussi sur les exigences de la loi nationale de l'enfant, ce qui permettra de surmonter le conflit puisque les lois marocaines et algériennes prévoient l'ouverture vers la compétence de la loi de la résidence habituelle de l'enfant ou la loi nationale du titulaire de la kafala¹³⁰⁴. Le juge français doit comprendre ce qu'est la kafala,

civ. 2008. 665, obs. J. Hauser. Voir., cependant, en sens contraire, Rouen, 30 septembre 2010, n° 09/03049 : la cour affirme que la kafala n'a nullement les effets d'une délégation d'autorité parentale, mais elle vérifie néanmoins si les conditions d'une telle délégation sont réunies en application de la loi française

¹³⁰³ J. Hauser, « L'imagination juridique française », *Dr. Fam.* 2009/1. 11, dossier préc.

¹³⁰⁴ Par exemple l'art. 13 ter C. civ. algérien, (L. n° 2005-10, 20 juin 2005 modifiant et complétant l'ordonnance portant Code civil du 26 sept. 1975) : « La validité du recueil légal (kafala) est soumise simultanément à la loi nationale du titulaire du droit de recueil (kafil) et à celle de l'enfant recueilli (makfoul) au moment de son établissement. Les effets du recueil légal (kafala) sont soumis à la loi nationale du titulaire du droit de recueil (kafil) ». Pour la loi marocaine, le législateur estime que la compétence pour traiter des effets de la kafala revient au lieu de la résidence habituelle du titulaire du droit de recueil.

respecter un minimum son économie générale, ses objectifs pour éviter la création de situations boiteuses¹³⁰⁵ et tendre vers plus d'harmonie internationale, qui reste souhaitable même si elle n'est pas considérée comme un dogme absolu¹³⁰⁶.

1059. L'exemple de l'affaire de cessation de la kafala soumise à la Cour d'appel de Limoges est convaincant et judicieux. Ainsi, les juges ont statué sur la cessation de la kafala à la lumière de l'article 377-2 du Code civil. Ce dernier dispose que « la délégation pourra, dans tous les cas, prendre fin (...) s'il est justifié de circonstances nouvelles ». Il laisse ainsi le pouvoir d'appréciation des circonstances nouvelles aux mains des juges qui estiment que la nouveauté des circonstances était évidente. Le décès de l'épouse amenant le kafil à partir en Algérie, l'état de santé de ce dernier qui ne lui permettait plus de continuer à contribuer à l'éducation de ses deux petits-enfants et la constatation par les juges que le père était plus adéquat à la prise en charge des enfants au point de vue éducatif et affectif, paraissent mener vers la restitution des droits parentaux au père au nom de l'intérêt de l'enfant. Ce raisonnement et cette solution sont satisfaisants non seulement aux yeux du droit français mais aussi de la loi nationale des parties. La restitution de l'enfant aux parents suppose une autorisation du juge en tenant compte de la volonté de l'enfant, s'il est doué de discernement, et, dans le cas contraire, de son intérêt¹³⁰⁷.

1060. Cette solution devra ouvrir la possibilité aux juges français, à chaque fois qu'ils sont en face de questions de conditions de validité ou des questions portant sur les effets de la kafala, de puiser dans tout le droit français le fondement de la solution. Ils ne devraient pas hésiter, comme le propose M. Marchadier¹³⁰⁸, à examiner une demande du makfoul souhaitant obtenir le respect par le kafil de son obligation d'entretien au regard de l'article 367 du Code civil. Il n'est pas choquant de considérer cette demande, essentiellement si les deux parties ont la même nationalité¹³⁰⁹, comme une obligation alimentaire tombant sous la compétence de l'autorité française sur le fondement du règlement « aliments » n° 4/2009 (l'article 3,

¹³⁰⁵ M. Boulenouar Azzemou, « La réception par le système juridique algérien de l'imagination juridique française », *Dr. Fam.* 2009/1. 12, dossier préc.

¹³⁰⁶ B. Ancel, Y. Lequette, *GAJDIP*, Dalloz, 4e éd., 2001, n° 73.3.

¹³⁰⁷ Art. 124 Code de la famille. algérien.

¹³⁰⁸ F. MARCHADIER, op. cit., p. 703.

¹³⁰⁹ Article 4 aléna 4 du Protocole de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires. http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=133

b), sachant que cette obligation d'entretien peut s'apparenter à une obligation alimentaire telle qu'elle est prévue par le protocole de La Haye du 23 novembre 2007¹³¹⁰. Il est possible d'aller encore plus loin en se posant la question de savoir s'il n'est pas possible de permettre la concordance des noms du makfoul et du kafil¹³¹¹. Se fonder sur l'article 363 du Code civil, peut être une solution qui correspond au mieux à l'intérêt de l'enfant en passant le fait que cela ne concerne que l'adoption simple.

1061. Les juges français auront un panel de possibilités, guidés par le principe de l'intérêt de l'enfant et la possibilité de se rapprocher le plus de l'institution et de son esprit. Ainsi, ils auront l'opportunité de puiser, pour les besoins de la cause, non seulement dans l'adoption mais aussi la tutelle pour savoir, par exemple, si le kafil répond toujours aux critères exigés pour la protection de l'enfant et de rechercher dans le champ de l'administration légale pour apprécier un acte du kafil dans la gestion des biens de l'enfant. Ainsi, « l'incertitude affectant la disposition applicable serait compensée par le respect des prévisions des parties assises sur le droit étranger. L'adaptation substantielle de la loi du for corrigerait un rattachement manquant singulièrement de flexibilité »¹³¹².

1062. La compréhension de l'institution étrangère quand elle est imposée aux juridictions françaises comme peut l'être la kafala paraît primordiale pour trouver les réponses les plus adéquates aux interrogations posées devant les juges, sachant que ces questions traitent de la vie d'enfants qui ont besoin de la protection apportée par la kafala et c'est l'intérêt de ces enfants qui sont loin de toutes considérations juridiques mais seulement humaines qui doit prendre le dessus. Il sera plus simple de mettre en œuvre la loi étrangère puisqu'il s'agit d'une institution étrangère mais la proximité créée entre l'enfant et l'Etat du for exige un autre traitement des affaires concernant les enfants kafils. Ainsi, « l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye

¹³¹⁰ L'article 1, 1 du protocole dispose que « Le présent Protocole détermine la loi applicable aux obligations alimentaires découlant de relations de famille, de filiation, de mariage ou d'alliance, y compris les obligations alimentaires envers un enfant indépendamment de la situation matrimoniale des parents ». http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.text&cid=133

¹³¹¹ M. Boulenouar Azzemou, « Recueil légal (kafala) et droit(s) positif(s) », article préc ; F. MARCHADIER, *op. cit.*, p. 703.

¹³¹² F. MARCHADIER, *op. cit.*, p. 703.

de 1996 pourrait ouvrir de nouvelles perspectives »¹³¹³ puisqu'elle introduit plus de souplesse en permettant à l'autorité compétente qui a le droit d'appliquer sa propre loi¹³¹⁴, d'appliquer ou de prendre en considération la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit, à titre exceptionnel et dans la mesure où la protection de la personne ou des biens de l'enfant le requiert¹³¹⁵. Le caractère exceptionnel¹³¹⁶ de cette disposition permettra la consultation de la loi nationale de l'enfant pour assurer la continuité de la protection dont il bénéficie et cela même s'il effectue un voyage ou un retour à son pays d'origine dont il est ressortissant¹³¹⁷. Ainsi, toutes les proximités que l'enfant peut créer entre les deux pays seront respectées et il sera, ce qui est essentiel, protégé.

¹³¹³ F. MARCHADIER, op. cit., p. 703.

¹³¹⁴ Article 15, § 1 de la Convention de La Haye du 29 octobre 1996, op. cit.

¹³¹⁵ Article. 15, § 2.

¹³¹⁶ P. LAGARDE, Rapp. préc. Dans ce rapport, M. Lagarde insiste sur le caractère exceptionnel.

¹³¹⁷ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE II

1063. Les effets du mariage marocain trouvent de moins en moins de place et leur accueil est très limité. C'est aussi à partir des effets que la différence entre les deux systèmes est palpable. Dans leur intimités, les MRE peuvent recréer le modèle familial marocain jusqu'à qu'ils se heurtent à l'ordre juridique français qui obéit à des règles qui leur restent étrangères et aux quelles, ils doivent se soumettre.

1064. Cette solution est salubre pour les juridictions d'accueil vu la différence entre le concept de la famille dans les deux pays concernant les rapports entre les époux et leur rôle dans le ménage. Reste que la relativité du déclenchement de l'exception de l'ordre public selon la proximité du lien avec le for donne le sentiment que certains droits ne deviennent fondamentaux que sous conditions et crée ainsi une certaine confusion dans les rapports familiaux incluant des parties des deux pays. .

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE

1065. La réception du mariage marocain par l'ordre juridique français n'est certainement pas une tâche facile. La divergence entre les deux systèmes est présente dans tous les aspects de l'institution de sa formation à ses effets.

1066. Le juge français est soit en face d'un problème de qualification dès la réception de la loi marocaine ou de toute une institution telle la kafala, soit en face d'une règle choquante exigeant l'intervention de l'ordre public, ce qui laisse en fin de compte, peu de place à la loi marocaine étrangère et cela malgré l'existence de la convention franco-marocaine.

CONCLUSION GENERALE

1067. Ce travail montre les différences qui existent entre l'institution matrimoniale des deux systèmes, le mariage selon un ordre juridique de tradition islamique, tel qu'il est conçu au Maroc et selon un ordre juridique laïc à travers le droit international privé français. Il ne s'agit pas de soutenir la thèse du conflit de civilisations mais de comprendre la coexistence entre les deux systèmes à travers la réception de l'un par l'autre.

1068. La réception par l'ordre juridique français du mariage marocain ainsi que de ces effets ne peut aboutir à des solutions appropriées pour le droit international privé que par la compréhension de l'institution étrangère, son fondement, ses règles et aussi sa pratique. C'est pour cette raison que l'étude porte sur les différentes étapes par lesquelles le mariage marocain a évolué de son origine religieuse à sa codification et à la réforme dont il a fait objet grâce à la promulgation du Code de la famille en 2004, afin d'une part, d'éclairer le juge français sur la portée de chaque règle et sa finalité et d'autre part, d'apprécier les efforts déployés pour permettre un rapprochement entre les systèmes.

1069. Si le Maroc a voulu adapter la relation matrimoniale aux exigences d'une société qui évolue, le législateur marocain est resté prudent et la réforme demeure timide. Ainsi, l'égalité entre époux trouve ses limites dès la création du lien matrimonial et se perpétue dans les effets du mariage. Cette inégalité se fait encore plus ressentir dans les rapports entre les parents et leurs enfants puisque seul le père jouit de l'exercice de l'autorité parentale et la mère n'est considérée que gardienne de l'enfant. La répartition des droits et des obligations entre les époux obéit ainsi et toujours au principe de complémentarité et non à l'instauration de l'égalité.

La timidité de la réforme se ressent aussi sur le maintien des inégalités en amont. Les questions de l'empêchement au mariage pour disparité de culte imposé à la femme marocaine et l'interdiction d'établir une filiation naturelle, n'ont même pas été posées. Ceci s'explique par la volonté du législateur marocain de rester attaché au

droit musulman classique. Pourtant la réalité dans laquelle se trouve aujourd'hui la société exige une évolution, ce que n'interdisent pas les textes fondateurs. Le droit doit prendre en considération les réalités de ces femmes qui se trouvent mariées dans un pays et pas au Maroc parce que le mari n'est pas musulman et aussi la réalité d'enfants qui n'ont aucune responsabilité sur le fait qu'ils soient légitimes ou naturels et qui subissent une injustice établie par leur propre ordre juridique.

1070. La réception de la réforme du mariage par le juge français doit certainement passer par la connaissance et la compréhension de l'institution mais cette entreprise doit aussi prendre en considération les valeurs fondamentales du for. La coordination entre les systèmes ne doit pas être supérieure à la protection des droits fondamentaux et affirmer son attachement à ces droits est, en effet, un message clair sur une position franche de la part de l'ordre juridique français. Ainsi, l'intervention de l'exception de l'ordre public est nécessaire mais elle doit être infaillible pour évincer la règle marocaine choquante sans prendre en considération l'existence de liens jugés comme intenses avec le for et s'effacer dès que ces liens faiblissent. Les droits fondamentaux doivent le rester sans relativisme et sans conditions.

Une position infaillible de la part de l'ordre juridique français permettra certainement au Maroc de poursuivre son évolution et continuer le changement déjà entrepris. Une complaisance entre les deux systèmes ne peut être que nuisible pour les deux parties. Cela ne veut certainement pas signifier qu'un système est supérieur à l'autre mais que l'ordre juridique français est en adéquation avec ses propres valeurs et en accord avec les conventions ratifiées par la France telle la Convention européenne des droits de l'Homme qu'elle est tenue de respecter.

1071. La réception du droit marocain ne connaît pas que le problème de sa conformité aux valeurs fondamentales du for mais aussi le problème de qualification. Cela se traduit essentiellement lorsque le juge est en face d'une institution qui lui est complètement étrangère. C'est pour cette raison que la connaissance de l'institution est indispensable pour respecter son objectif et sa finalité et éviter des situations stériles.

1072. Cette étude permettra de comprendre la réforme d'un droit aussi intime que celui du droit matrimonial et sa pratique réelle au-delà du texte. Elle permet aussi de connaître les enjeux de la réception d'une institution aussi importante que le mariage et ses effets d'un pays musulman par le droit international privé d'un pays laïc et l'impact que cela peut avoir sur la vie de citoyens de plus en plus nombreux attachés aux deux rives de la Méditerranée.

BIBLIOGRAPHIE

I- OUVRAGES GENERAUX

ABDOU (M)

- « Le commentaire du Manar ». Maktabat al Manar, 1910, tome 2. p. 375-381.

AI- BOKHARI

- « Sahih », trad. O. HOUDA et W. MARCAIS, « Les traditions islamiques » Paris, 1903-1914, 4. vol. I, p. 178 et 184.

AL QUAYRAWANI (I)

- « La Risâla » Traduit par Léon Bercher, Ed. Iqra, p. 143

ANCEL (B) et LEQUETTE (Y)

- Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5^{ème} éd., Dalloz, 2006

AN-NAWAWI (V)

- « Riad al- salihine » trad. fr. D. PENOT, « Le jardin de la piété. Les sources de la tradition musulmane », Lyon, 1991, p. 44

AUBRY et RAU

- Droit civil français, 7^{ème} éd. par P. ESMEIN, éditions Techniques, Librairie de la Cour de cassation, t. VII.

AUDIT (B) et d'AVOUT (L)

- « Droit international privé » éd. Economisa. 6^{ème} éd.

AUDIT(B)

- « Droit international privé », Economica, 2006, 4^{ème} éd.

BATIFFOL (H) et LAGARDE (P)

- « Traité de droit international privé » t. I, LGDJ 1993, 7^{ème} éd.
- « Traité de droit international privé », tome II, LGDJ 1983, 8^{ème} éd.

BATIFFOL (H)

- « Aspects philosophiques du droit international privé », Dalloz 2002, édition présentée par Y. Lequette, n° 96, p. 213.
- « Traité élémentaire de droit international privé » Paris, LGDJ, 1955, 2^{ème} éd.

BENABENT (A)

- « Droit civil, La famille », Litec 2003, 11ème éd

BOUREL (P)

- « Droit international privé », 6e éd, Dalloz, 1999.

BUREAU (D) et MUIR WATT (H)

- « Droit international privé », t. I, Puf, Thémis, 2e éd., 2010.

CARBONNIER (J)

- « Le droit privé au milieu du XXe siècle », Paris, 1950.

CHAHBOUNE (A)

- « Charh' moudawanath al-ah'wal al-chakhssiya, al-zawaj, al-talak, al-wilada wa nataijouha » (Commentaire de la Moudawana du statut personnel marocain, mariage, répudiation, la naissance et ses effets), Matbaat al-Najah al-Jadida 2000, t. I.

CORNU (G)

- « Vocabulaire juridique », association H. Capitant, 6e éd., 1996.

DECROUX (P)

- « Droit privé. t. II : Droit international privé », 1963.

EL-FASSI (A)

- « Al-thaqrib, charh moudawanath al-ahouwal al-chakhssiya, al-khitaban al-awal wa al-althani » (Commentaire du Code du statut personnel, les livre I et II), réalisé par A. BEN L'ARBI AL- HRICHI, Mtabaath al-rissala, Rabat 2000

ESSAID (M. J)

- « Introduction à l'étude de droit », Rabat, 1992.

GRIMALDI (M)

- « Droit patrimonial de la famille », 4^{ème} éd. Dalloz.

HOLEAUX (D) et FOYER (J), GEOUFFRE de LA PARADELLE (G)

- « Droit international privé », Masson, 1987, n° 1141

HAUSER (J) et HUET-WEILLER (D)

- « La famille, Fondation et vie de la famille, Traité de droit civil », sous la direction de J. GHESTIN, LGDJ. 1993, 2ème édition.

HOLLEAUX (D), FOYER (J) et de GEOUFFRE de LA PRADELLE (G)

- Droit international privé, Masson, 1987.

IBN MAAJOUZ (M)

- « Ahkam al-usra fi al-chariaa al-islamiya wifqa moudawanath al-ah'wal al-chakhssiya, al-khotba, al- zawaj: arkanouh wa atharouh; Torok inh'ilal mitaq zawaj wa al-athar al-motaratiba âla dalik » (Le droit de la famille dans la

chariaa islamique conformément à la Moudawana du statut personnel, fiançailles, mariage : conditions et effets; moyens de dissolution du pacte du mariage et les effets subséquents), t. I, Mayabaath al-Najah al-Jadida 1998, p. 82.

KACHBOUR (M)

- « Char'h moudawanath al-usra, al zawaj », t. I, Matbaath al-Najah al-Jadida, 2006

LAGARDE (P)

- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain » Rec. cours Acad. dr. inter., 1986-I, vol. 196.

LÉVY (J.-Ph) et CASTALDO (A)

- « Histoire du droit civil », Dalloz 2002.

LOUSSOURN (Y), BOUREL (P), MAYER (P), HEUZE (V),

- « Précis de droit international privé », Dalloz, 2004, 8eme éd.

MALAURIE (M) et AYNES (L)

- Droit civil, Famille, Cujas. 6e éd, 1998.

MAYER (P)

- « Droit international privé », n° 123, p. 81.

MAYER (P), HEUZE (V)

- « Précis du droit international privé », Montchrétien 8^{ème} éd. 2004.

MORAND (M)

- « Droit musulman algérien », Alger, 1913.

NIBOYET (M. L), de GEOUFFRE de La PRADELLE (G)

- « Droit international privé », LGDJ, 2e éd., 2009, n° 453.

PEROZ (H) et FONGARO (E)

- « Droit international privé patrimonial de la famille », préf. Gaudmet-tallon (H), éd. LexisNexis Litec 2010, p. 132.

PLANIOL (M) et RIPERT (G)

- « Traité pratique de droit civil français », t. II, La famille, mariage, divorce, filiation, 2ème éd. par A. ROUAST, LGDJ 1952.

TERRE (F) et FENOUILLET (D)

- « Droit civil, Les personnes, la famille, les incapacités », Dalloz, 6e édition 1996, n° 367, p. 293.

Ouvrage collectif

- « Al muqthadayath al-jadida li moudawanat al-ousra min khilal ajwibath al-sayed wazir al-‘adel wa said wazir al-awqaf wa al-cuoun al-islamiya ‘ani al-asîla wa al-istifsarath al muthara athnaâ mounaqachath machrou’ al-moudawana amama majlissay albarlaman», (les nouvelles dispositions du Code de la famille à

travers les réponses du ministre de la justice et des biens de mainmorte et des affaires islamiques aux questions posées pendant la discussion du projet de la moudawana devant les deux chambres du parlement), Royaume du Maroc, le ministère de la justice, publications de l'association de diffusion de l'information juridique et publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, série relatives aux explications et preuves, n°4, 2004, 1^{ère} éd.

- « Guide pratique du droit familial. Le nouveau Code marocain de la famille en question », Royaume du Maroc, le ministère de la justice, publications de l'association de diffusion de l'information juridique et publications de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, série relatives aux explications et preuves, n°4, 2004.

II - OUVRAGES SPECIAUX, ETUDES, COURS, THESES

Ouvrage collectifs

- Etude conjointe de la Ligue marocaine pour la protection de l'enfance et de l'UNICEF incluant les enfants officiellement recensés. "Au fait" n°818, page 6, du 27/09/10.

- Etude sur « Le nouveau droit international privé de la filiation », (L. 3 janvier 1972), éditions techniques

- Plan national pour l'enfance 2006-2015, « Maroc digne de ses enfants », Comité d'élaboration et de coordination du P.A.N.E (plan d'action national de l'enfant).

AÏT MANSOUR (H)

- « Études sur la situation des enfants abandonnés: Les enfants en institutions au Maroc », UNICEF, février 2006.

AI BAH I AI KHOULI

- « Al mar'a bain el bait wal moujtama », (La femme, entre le foyer et la société), Dar al-qalam, Koweit, s. d.

AL JABBI (A. M)

- « Al mar'a fi attasawwour al islami », (La femme selon la vision islamique), éd. Matba'at Attaqadoum, le Caire.

AL-FAKHOURI (I)

- « Nafy wa ithbath al-nassab di al-tâ'halil al-tebiya : moqaraba tachri'iya wa qada'iya wa fiqhiya » in Al markaz al-qanouni lilmarâ al-maghribiya min khilal moudawana al ah-a'hawal al-chakhssiya, (l'expertise médicale comme moyen de preuve en matière d'établissement de la filiation et de désaveu de paternité) Dar al-nâcher al-jossour, Oujda, 2002.

AUDIT (B)

- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la crise des conflits de lois) », RCADI, 1984-I

BEHNAM (D)

- « Le devenir de la famille, dynamiques familiales dans différentes aires culturelles ». UNESCO: Publisud: 1994.

BELHAJ (A)

- « La dimension islamique dans la politique étrangère au Maroc, déterminants, acteurs, orientation », thèse en science sociales et politiques, 2008, université catholique de Louvain.

BENRADI (M), M'CHICHI (H. A), OUNNIR (A), MOUAQIT (M), BOUKAISSI (F. Z), ZEIDGUY (R)

- « Le Code de la famille, perception et pratique judiciaire », Etude de La Fondation Friedrich-Ebert, *Diwan* 3000, janvier 2007.

BODEN (D)

- « L'ordre public, limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique », vol. II.

BORMANS (M)

- « Statut personnel et famille au Maghreb de 1949 à nos jours ». Ed : 1977 Mouton, Paris.

BOUDHIBA (A)

- « La sexualité en Islam », 4^{ème} éd., Paris, 1986.

BOURDELOI (B)

- « Mariage polygamique et droit positif français », GLN Joly 1993, préface de P. Bourel.

BOUSQUET (G.H)

- « L'éthique sexuelle de l'islam », Paris, 19661, p. 30.
- « La morale de l'Islam et son éthique sexuelle », Maisonneuve, 1953, p. 79

BUCHER (A)

- « La famille en droit international privé » RCADI. 1993-II, vol. 239.

CARLIER (J.-Y.)

- « Autonomie de volonté et statut personnel », Bruylant, Bruxelles, 1992.

CARLIER (J. Y) et VERWILGHEN (M) (dir)

- « Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé », Bruxelles, Bruylant, 1992.

CHABERT (C)

- « L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois », Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001, n° 771, p. 37.

CHAHBOUNE (A)

- « Charh'moudawanat al-ah'wal al-chaksiya, al-zawaj, al-talak, al-wilada wa natajouha » (commentaire de la Moudawana du statut personnel marocain, mariage, répudiation, la naissance et ses effets), Matbaât al- Najah al-Jadida 2000, t. I.

COLOMBANI (J.-M)

- « Rapport sur l'adoption », Mission confiée par le président de la République et le Premier ministre, Doc. fr. 2008, an. IV, p. 116.

COLOMER (A)

- « Droit musulman. Tome I : Les personnes, la famille » Ed. La porte Rabat, Librairie De Médicis Paris.

COMAIRE-OBEID (N)

- « Le contrat en droit musulman des affaires », Economica, 1995.

D'HAËM (R)

- « L'entrée et le séjour des immigrés en France », Que sais-je, PUF, 1999.

De STEIGER (W)

- « Rapport explicatif de la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs », (disponible sur le site internet de la conférence de La Haye de droit international privé, www.hcch.net).

DELAPORTE (V)

- « Recherches sur la forme des actes juridiques en droit international privé », thèse multig, Paris I, 1974.

DURANT (B)

- « Droit musulman, droit successoral », édi. Litec, 1991.

DURANTON (A)

- « Cours de droit français suivant le Code civil », t. 3 : Nève1825-1842.

EL- FASSI (A)

- « L'autocritique », Le Caire 1951, p. 77 et s.

EL HOUSSAINI BEGDACHE (R)

- « La répudiation musulmane face au DIP français » LGDJ, 2002, préface de Foyer (J).

FADLALLAH (I)

- « La famille légitime en droit international privé (Le domaine de la loi applicable aux effets du mariage) » Dalloz 1977, Bibliothèque de droit international privé, préface de H. Batiffol, vol. XXIII.

FARGE (M)

- « Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la résidence habituelle », L'harmattan, 2003.

FAULT-SESEKE (F)

- « Le regroupement familial en droit comparé français et allemand », LGDJ 1996.

FOBLETS (M. C)

- « Famille, Islam, Europe, le droit confronté aux changements », l'Harmattan 1996.

FOBLETS (M.-C.) et CARLIER (J.-Y.)

- « Le Code marocain de la famille, Incidences au regard du droit international privé en Europe ». Ed. Bruylant, Bruxelles 2005.

GADEFROY-DEMOMBYNE (M)

- « Mohamet », éd. Albin Michel, 1957.

GANNAGE (L)

- « La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé », (étude du droit international privé du droit de la famille) préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 2001.

GHAZALI

- « Le livre des bons usages en matière de mariage », traduction Bousquet, Paris, 1953.

GHESTIN (J)

- « La famille, fondation et vie de la famille », LGDJ 1993, 2ème éd.

GRANET-LAMBRECHS (F) et HAUSER (J)

- « Le nouveau droit de la filiation », D. 2006

GRATALOUP (S)

- « L'enfant et sa famille dans les normes européennes », préf. H. FULCHERON, Bibl. dr. privé.

GOODE (J.W)

- «World revolution and family paterns», New York. Free Press. Rao L.J (1973) Industrialization and family: a world view. International Journal of Sociology of the Family, vol.3, n°2, 179-189. Shorter E. (1977), Naissance de la famille moderne, Paris, Seuil.

HAERI (S)

- « Temporary marriage in Iran », Taurus, Londres

HARRAS (M) et SAREHANE (F)

- « L'application du Code de la famille. Acquis et défis, (étude de la pratique dans les tribunaux de Casablanca et de Tétouan) », Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, Ed, Hexagone, 2006.

HAUSSER (J) et HUET-WEILLER (D)

- « La famille, Fondation et vie de la famille », LGDJ 1993.

HOTTELIER (M), MOCK (H) et PUECHAVY (M),

- « La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme », Bruxelles, éd. Némésis-Bruylant, Collection "Droit et Justice", n°60, 2005.

HUET (J)

- « Les contrats spéciaux », LGDJ 1996, n° 31 165.

JAULT-SESEKE (F)

- « Le regroupement familial en droit comparé français et allemand », thèse, LGDJ, 1996

JOUBERT (N)

- « La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inladsbeziehung) en droit international privé », thèse, Paris I, 2002.

KACHBOUR (M)

- « Char'h moudawanat al-usra, inh'ilal mithaq al-zawjia » (commentaire du Code de la famille, la dissolution du lien conjugal), Matba'at al-najah al-jadida, 2006, t. II.

KHAIRALLAH (G)

- « La volonté dans le droit international privé commun des régimes matrimoniaux », in *Liber amicorum* M. REVILLARD, éd. Defrénois, 2007.

KHALIL BEN ISHAQ

- « Abrégé de la loi musulmane selon le rite de Malek » vol. Alger et Paris Maisonneuve 1956, 1962.

KERROU (M) et KHAROUFI (M)

- « Familles, valeurs et changements sociaux ». In Monde arabe. Maghreb Machrek n°144 avr.-juin 1994; pp. 26-39

KHOTB (S)

- « Fi dhilâl al qourân », tome II.

LELONG (M)

- « J'ai rencontré l'Islam », éd. Cerf, 1975, p. 126.

LEVENEUR (L)

- « Situation de fait et droit privé », LGDJ. 1990, préface de M. GOBERT.

LINANT DE BELLEFONDS (Y)

- « Traité du droit musulman comparé », Mouton 1965.

LONG (M), WEIL (P) et BRAIBANT (G)

- « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 14ème éd. Dalloz 2003, p 636

MACHQAQA (R)

- « Ithbat al-nassab bayna teb wa al-qanoun » in « Qiraâth wa tha'aliq » (Etablissement de la filiation entre la médecine et le droit) in (Lectures et commentaires), Matba'at al-ma'arif al-Jadida, 1998, p.135.

MAHMASSANI (S)

- « Théorie générale des obligations et des contrats en droit musulman », Dar al ilm lil malâyin, 2^{ème} édition, Beyrouth, 1972. (en arabe)

MAYER (P)

- « Conflit de civilisation et droit international privé, Polygamie et répudiation », librairie Droz, Genève, 1972.

MOULAY RCHID (A)

- « La condition de la femme au Maroc », éd. De la faculté des sciences juridiques économique et sociale de Rabat, 1985.

MUSLIM (A. el H)

- « A Sahih », éd. Al hadîth, n° 2485

NAJI EL MEKKAOUI (R),

- « La moudawana, le référentiel et le conventionnel en harmonie » t. I, Ed. Bouregreg, Rabat, 3^{ème} éd. 2009 p. 241
- Causerie du Ramadan : « L'universalité de la Structure de la famille dans un monde multiculturel » Travaux publié par le Ministère des Habous et des affaires islamiques, 2003.
- « Les enfants socialement inadaptés : leurs problèmes et leurs droits », 2ème éd. 1999, ISESCO

NAJM (M.-C.)

- « Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisation, Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux », Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, 2005.

NTAMPAKA (C),

- « Introduction aux systèmes juridiques africains », Travaux de la faculté de droit de Namur, n°26, p. 56

PAPI (S)

- « L'influence juridique islamique au Maghreb, (Algérie- Lybie- Maroc- Mauritanie- Tunisie) », Mars 2009.

PATAUT (E)

- « Principe de souveraineté et conflit de juridictions, (étude en droit international privé) » LGDJ, 1999, p. 46-47, n° 69.

RALSER (E)

- « La célébration du mariage en droit international privé » Thèse, Paris II 1998

RAZI (F.ad.D)

- « Attafssir Al Kabir ou mafâtiḥ al gahyb » (Les clés de l'inconnaissable (ou Les Clés de l'invisible)), Tome 6, p. 100- 102.

REVILLARD (M)

- « Droit international privé et pratique notariale », éd. Defrénois, 5^e éd. 2001.

RIDHA (M. R),

- « Tafsir al Manar », tome 2, p. 380.

ROCHES (L)

- « Trente deux ans à travers l'islam » Paris, 1884 volume I p. 351 et volume II, 1986

SALVAGE (P),

- (Collectif), « Droit de la famille », P. MURAT, (ss dir.), Dalloz Action, 2007.

SAVVAS PACHA

- « Etude sur la théorie du droit musulman », Marchal et Billard éditeurs, Paris, 1902

SCHACHT (J)

- « Islam d'hier et d'aujourd'hui. Introduction au droit musulman », éd. Maison neuve & Larose.
- « Introduction en droit musulman », Trad. P. KEMPF.

TABARI

- « Mashaf ashshourouq. Al moufassir, Al mouyassir Moukhtassar » (Ouvrage du rayonnement. L'expliqué, le simplifié, résumé) , Dar Achourouk, Le Caire, p. 91

TERRÉ (F) et Ph. SIMLER (Ph)

- « Les régimes matrimoniaux », droit civil, Dalloz, 2005, 4^{ème} éd., n°564, p. 464 ;

TURKI (A.M)

- « Etude d'islamologie », Maisonneuve et Larose, 1983.

VERWILGHEN (M)

- « Conflit de nationalités. Plurinationalité et apatrides », RCADIP, t. 227 (1999), 2000.

ZAHER (K)

- « Conflit de civilisation et droit international privé », éd. L'Harmattan, p. 254

III- CHRONIQUES, ARTICLES, COMMUNICATIONS

AÏT MANSOUR (H),

- « Études sur la situation des enfants abandonnés: Les enfants en institutions au Maroc », UNICEF, février 2006.

AÏT ZAI (N),

- « L'abandon de l'enfant et la loi », Communication au colloque organisé à Grenoble les 13 et 14 janvier 1989 sur la justice française et les étrangers.

ALDEEB ABU-SAHLIEH(S)

- « Droit musulman de la famille et de succession », Institut Suisse de Droit Comparé de Lausanne. p. 16

AL-MOUMNI (A. A)

- « Réflexions sur les attributions du ministère public et leur exercice dans le cadre de l'article 3 du Code de la famille », *Revue Al-quistas* (Barreau de la ville de Meknès), n°5, juin 2005.

ANCEL (B)

- « Le statut de la femme du polygame », in *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, 1993.

ARMSTRONG (S)

- « L'articulation des règlements communautaires et des conventions de La Haye », in H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), ouvrage préc., p. 118.

BATIFFOL (H)

- « Problèmes de frontières : droits et politique », in choix d'articles, LGDJ 1976, p. 435, spéc. p. 444

BEIGNIER (B)

- « L'ordre public renaissant », *Famille*, mars 2009, Repère n°3.

BELLHSSAYNI (H)

- « Qawa'id ithbath al-nassab wa al-thiqniath al-haditha » (Les règles de l'établissement de la filiation et les techniques nouvelles), *Rev. mar. dr. éco. Dévelop.*, année 2002, n°6, p. 95

BEN ACHOUR (Y)

- « Ummah islamique et droits des minorités », in Mélanges en l'honneur de Mohamed Charfi. Centre de publication universitaire. Tunis 2001, p. 277, spés. p. 304

BISCHOFF (J. M)

- « Le Mariage », Rep. dr. int. n° 116 et n° 143
- « Le mariage polygamique en droit international privé », Trav. Com. Fr. DIP. 1980-1981, préface de P. Bourel, n°16 et s., pp. 17-18.

BLANC (F. P)

- « La présomption Al-walad li-l-firâs et les testes ADN, la présomption du droit marocain (à propos de l'arrêt Bellakhdim contre Ijourk rendu par la Cour d'appel d'Al-Jadida le 29 avril 2003) » in la Revue Franco-maghrébine de droit, Islam et droit, n°12-2004, Presse universitaire de Perpignan, Presse de l'Université des sciences sociales à Toulouse.
- « Le crime et le péché de zinâ en droit malékite, l'exemple de l'Afrique du nord », Droit, Histoire et Sexualité, 1987, p. 349-388.

BOULANGER (F)

- « Une réforme médiatique mais porteuse de controverses : la codification de l'adoption internationale », D. 2001, Chron. p. 708.

BOULENOUAR AZZEMOU (M)

- « La réception par le système juridique algérien de l'imagination juridique française », Dr. fam. 2009/1. 12.
- « Recueil légal (kafala) et droit(s) positif(s) », Dr. fam. 2009/1. 3.

BOURDELOIS (B)

- « Mariage », Répertoire droit international, D. septembre 2011.

BRAUNCSHWEIG (A) et DE GOUTTE (M)

- « Note à propos des arrêts de 1993 de la première chambre civile de la Cour de cassation sur la Convention des Nations-Unis sur les droits des enfants devant la cour de cassation: un traité mis hors jeu », D. 1993, chronique LIV.

BUCHER (A)

- « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », Rev. Cours Acad. dr. inter., 1993-II, vol. 239, p. 52 et 53, n° 359-2

BUREAU (D)

- « L'application d'office de la loi étrangère, Essai de synthèse », Clunet 1990, p. 317

CARLIER (J. Y)

- « La nationalité marocaine », in Jurisclasseur Nationalité, Paris, Editions Techniques, 1992.

CHOUKRI (A)

- « Les principaux arrêts de la cour suprême en application du livre III du code de la famille », N°IDGL , p.83.

COURBE (P)

- « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la CEDH » in *Quelle Europe pour les droit de l'homme*, sous dir. P. TAVERNIER, Bruylant, 1996, p. 258.

CRÔNE (R) et REVILLARD (M)

- « Clause et conseil d'experts concernant l'exemple d'un couple marocain résidant à Marseille désirant changer la loi applicable à leur régime matrimonial grâce à l'article 6 de la convention de la Haye du 14 mars 1978 ». *Defrénois*, 30 novembre 2009 n° 20, P. 2167.

De BOTTINI (M)

- « La Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille », *Rev. crit. DIP.* 1970, p. 10

DECROUX (P)

- « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *J.D.I.*, 1985, p. 66.

DEPREZ (J)

- « Environnement social et droit international privé. Le droit international privé marocain entre la fidélité à l'Umma et l'appartenance à la communauté internationale », in *X. Droit et environnement social au Maghreb*, Casablanca, C.N.R.S., 1989, 281-330.
- « La réception du statut musulman en France » in *Cahier des droits maghrébins*, vol. 1, 1995, 19-63.
- « Statut personnel et pratique familiale des étrangers musulmans en France, aspects de droit international privé », in *Famille, Islam, Europe, le droit confronté au changement*, sous la direction de M.-C Foblets, L'Hamattan 1996, p. 57.

DÉVERS (A)

- « Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains ; les conventions franco-marocaines face aux droits européens et communautaires » : *Dr. famille* 2006, étude 15.

DROZ (G)

- « Les nouvelles règles de conflit françaises en matière de régime matrimonial », *Rev. crit. DIP.*, 1992, p.631.
- « Régimes matrimoniaux », *Rép. dr. int. Dalloz*, n° 39.

F. MONEGER

- « La convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative aux statuts des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire », *Rev. crit. DIP.* 1984, p. 29 et s.

FADLALLAH (I)

- « Polygamie », Rép. Dalloz dr. Inter., n°34.

FOBLETS (M-C.) et M. LOUKILI (M)

- « Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille : quelles implications pour les marocains en Europe ? » Rev. crit. DIP. 2006 p. 533-534

FOYER (F)

- « Droits internationaux de l'homme et l'ordre public international », in Mélanges Raymond Goy, Publication de L'université de Rouan, 1998, p. 333, spéc. P. 345.
- « Filiation », Rép. D. dr. inter., n° 305

FUCHIRON (H)

- « Droits fondamentaux et règles de DIP: Conflits de droits, conflits de logiques L'exemple de l'égalité des droits et responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » in le droit au respect de la vie familiale aux séances de la CEDH, F. SUDRE (dir.) p. 354.

GALLANT (E)

- « Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé », Defrénois, 2004, n° 91 s.

GANNAGE (L)

- « Nullité du mariage d'un français célébré à l'étranger par procuration », Rev. crit. DIP, 2000

GANNAGÉ (P)

- « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », Rev. Crit. DIP, 1992, p. 425, spéc. p. 442.

GARÉ (T)

- « L'ordonnance portant réforme de la filiation », JCP. 2006. I.

GAUDEME-TALLON (H)

- « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé », in Le droit international privé: esprits et méthodes, Mélanges à l'honneur de P. Lagarde, Dalloz, 2005, p. 302.

GONZALEZ (G)

- « Éloge de la kafala au nom du pluralisme culturel », La JCP G. 22 octobre 2012, n° 43, 1145.

GOUTTENOIRE (A) et LAMARCHE (M)

- « La recherche d'équivalent: l'autorité parentale », Famille, janvier 2009, n°4.

GOUTTENOIRE (A)

- in JCP G 2009, II, 10072.
- « Droit des mineurs », D. 2008, n° 374.

GUIMEZANES (N)

- « L'arrêt de l'immigration en France ? » JCPG 1994, I, p 3728.

HAMMEJE (P)

- « Droit fondamentaux et ordre public » Rev. trim. dr. civ. 1960 op. cit., n°13 et s;
- « Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code civil », Rev. crit. DIP 2009. p.483.

HAMOU (M) et EL-KHAYAT (N)

- «Maroc», in: Michel VERWILGHEN et Stéphane MAHIEU (édit.) « Régimes matrimoniaux, successions et libéralités dans les relations internationales et internes », 3e éd. Bruxelles 2003.

HAUSER (J) et HUET-WEILLER (D)

- « La famille, Fondation et vie de la famille », Traité de droit civil, sous la direction de J. Hauser

HAUSER (J)

- « L'égalité des parents en cas de séparation », in Le droit au respect de la vie familiale au sens de la CEDH, dir. Sudre (F), Bruylant, 2002, p. 315.« La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala L'imagination juridique française », Droit de la famille n° 1, Janvier 2009, dossier 11 p. 52.
- « Adoption et tutelle officieuse », RTD civ. 2008, p. 470.

HUET (A)

- « Les conflits de lois en matière de filiation en droit international privé français, allemand et suisse », Travaux de l'institut de droit comparé de la faculté de Strasbourg, LGDJ, 1973.

IMLOUL (S)

- « La polygamie en France : une fatalité ? », Institut Montaine, novembre 2009

JAHEL (S)

- « Chari'a et religions », in Clés pour le siècle, D. 2000, p. 289.
- «Droit des affaires et religions », *Rev. inter. dr. comp.* 2001, p. 879, spéc. p. 881

JAULT (F)

- « La notion de responsabilité parentale », in H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, Dalloz, 2005, p. 157.

J-M. PLASZY

- « La recherche d'équivalent: La tutelle », droit de la famille, janvier, n°1, 2009 p. 48.

KERCKHOVE (E)

- « Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle », Petites affiches, 10 juill. 2012 n°137, p. 5

KINSCH (P)

- « La sauvegarde de « certaines politiques législatives », cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Liber amicorum Héléne Gaudmet-Tallonde, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, p. 455

LABAYLE (H)

- « Le droit de l'étranger au respect de sa vie familiale », *RFD adm.*, mai-juin 1993, n°9, p. 511 à 540. (note n° 16), p 531.
- « L'article 8 de la CEDH et le droit de l'étranger au respect de sa vie privée et familiale », in *Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'Homme*, LGDJ 1998 in *Les étrangers et la convention européenne des droits de l'homme*, ouvrage écrit sous la direction de Hugues FULCHIRON, LGDJ, 1999, p 98.

LAGARDE (P),

- « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française ». in « Nouveaux itinéraires » en droit Hommage à F. RIGEAUX, Ed. Bruylant, Bruxelles 1993, pp. 275 et s.

LAHBABI (M. A)

- « La personne en Islam. La condition de la femme », *Dawat al Haqq*, n°9-10, année II, août 1969, p. 17-18.

LAMMERANT (I), OTTEVAERE (A), VERWILGHEN (M)

- « Le nouveau droit fédéral de l'adoption », *Rev. trim. dr. fam.* 1/2006, Larcier, Belgique, spéc. p. 102.

LAMRACHE (M)

- « Ne confondons pas polygamie et bigamie! Distinguons union légale et union de fait », *Droit de la famille*. 2010, p.

LAPANNE- JOINVILLE (J)

- « Le code marocain du statut personnel », *R.J.P.U.F.* 1959, p. 85

LAROCHE-GISSEROT (F)

- « Le nouveau Code marocain de la famille : Innovation ou archaïsme ? » *R.I.D.C.*, p. 347.

LEQUETTE (Y)

- « L'abandon de la jurisprudence Bisbal », *Rev. crit. DIP.* 1989, p. 277.
- « Le droit international privé et les droits fondamentaux », n° 182 et ref. crit. ; comp.

LEVINET (M)

- « Couple et vie de famille », F. SUDRE (dir.) *Le droit du respect à la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Némésis-Bruylant, Collection "Droit et Justice" n°38, 2002, pp. 107 et s.

LIBCHABER (R)

- « Réflexion sur le "désordre juridique français" », in Une certaine idée du droit, mélange offert à André Decocq, Litec 2004, p. 405, spéc. p. 407.

LINANT DE BELLEFONDS (Y)

- Rev. int. dr. comparé, 1963, Vol. 15, N° 3, pp. 610-611.

LOUIS-LUCAS (P)

- « La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois », Mélanges Maury, Dalloz et Sirey, 1960, tome 1, p. 175, spéc. p. 191.

LOUSSOUARN (Y)

- « La règle de conflit est-elle une règle neutre? », Trav. Com. Fr. DIP. 1980-1981, p. 43, spéc. p. 44

MARCHADIER (F)

- « Du juge compétent pour ordonner le retrait d'une kafala et en arrêter les modalités », Rev. crit. DIP, 21/11/2011

MASSIP (J)

- « Le nouveau droit de la filiation », Defrénois 2006, art. 38324, p. 6 et p. 209.

MAYER (P)

- « La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », Rev. crit. DIP, 1991, pp. 663

MESTRE, (J. Cl.)

- « Droit international », fasc. 546-20, n° 128.

MEZGHANI (A)

- « Le juge français et les institutions du droit musulman », J.D.I., 2003.

MONÉGER (F)

- « L'adoption internationale entre dans le code civil », JCP 2001, Actu. n° 10.

MONJID (M),

- in « Les droits magrébins des personnes et de la famille », sous la dir. Petit (J. P), éd. L'Harmattan, 2009 p. 50

MOULAY R'CHID (A)

- « Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel » in « Le statut personnel des musulmans », (Carlier (J-Y) et Verwilgen (M)), Bruylant, 1992.

MUIR-WATT (H)

- « Vers l'inadoptabilité de l'enfant étranger de statut personnel prohibitif ? A propos de la circulaire du 16 février 1999 relative à l'adoption internationale », Rev. crit. DIP 1999, p. 469

MURAT (P)

- « L'évolution du droit de l'adoption en Europe » in Le statut juridique de l'enfant dans l'espace européen, Conv. de la Haye, préambule et art. 4 b. – adde plus amplement, D.GADBIN et F. KERNALEGUEN (ss dir.) : Bruylant 2004, p. 119.

NACIRI (R)

- « L'investissement dans la vie privée », dans Femmes diplômées : des pratiques novatrices, 1994, FNUAP/IREP

NERSON (R) et RUBELLIN-DEVICHI (J)

- « jurisprudence en matière de droit civil, personnes et droit de la famille », Rev. trim. dr. civ. 1983, p. 333

NOURISSAT (C)

- « Le règlement Bruxelles II bis : conditions générales d'application », in H. Fulchiron, C. Nourissat (dir.), ouvrage préc., p. 7

PETTITI (C)

- « Le protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une protection effective contre les discriminations », Revue hellénique des droits de l'homme, n°13/2006, p. 80.

PICHERAL (C)

- « L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme », la documentation française, coll. Monde européen et international, Paris 2001, p 48.

POISSON-DROCOURT (E)

- « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », D. 2001, Chron. p. 1404.

PONSARD (A)

- « La loi française du 3 janvier 1972 et les conflits de lois en matière de filiation », Clunet 1972. p. 776.

PULJAK (M. P)

- « Le droit international privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité », Thèse Paris II 2002, p. 216 n° 392.

REVILLARD (M)

- « La convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », Defrénois 1992, art. 35210, p. 257.
- « Premier bilan d'application de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », E pluribus unum liber amicorum G. Droz, 1996, p. 369 et suiv.
- « Dix ans d'application de la convention de la Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux », R.N.D, 15/7/2002, p. 893.

- « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », Defrénois 2001, art. 37316, p. 333 et s.
- «Le droit international privé de la famille dans les conventions de La Haye et le droit international privé notarial », Defrénois 1992, art. 35405, p. 1473 et suiv.
- « Contrat de mariage », fasc. 20 et J.-Cl. dr. int., fasc. 556, n^{os} 46 et suiv.
- « La détermination de la loi applicable au régime matrimonial d'époux mariés sans contrat avant le 1^{er} septembre 1992 » : Defrénois 2006, p. 873, art. 38403.

RIGAUX (F)

- « Le statut de la représentation. Etude de droit international privé comparé », Rev. inter. dr. comp. 1965, v. 17 n° 1, p. 77.

ROBERT (J. C)

- « Chapitre I : Les infractions sexuelles au Maghreb et le droit pénal » in, Le droit maghrébin des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français. Ed. L'Harmattan, 2009, p.13

RUBELLIN-DEVICHI (J)

- « L'adoption à la fin du XXe siècle in Études offertes à P. Catala », Litec, 2001, p. 341 et s.

SANA-CHAILLE de NERE (S)

- « La réception des institutions algériennes par le droit français : la kafala

SAREHANE (F)

- « Le nouveau Code de la famille », Gazette du palais, 4 septembre 2004, n°248, p. 3

In « Les droits maghrébins des personnes et de la famille » sous la direction de J.

- « Evaluation comparative des propositions des forces politiques relatives à la réforme de la moudawana » in, « La réforme du droit de la famille : cinquante années de débat », in Prologue, Revue maghrébine du livre, hors série n°3 p. 88-106

SERHANNE (F), N. LAHLOU-RACHIDI (N)

- « Réflexions sur quelques règles de conflits de lois à l'épreuve de la pratique », cahier des droits maghrébins, vol. 1, 1995, 81-108

SIMON-DEPITRE (M) et FOYER (F)

- « La loi du 3 janvier 1972 et le droit international privé », JCP. 1973. I. 2566.

SUDRE (F)

- « Existe-t-il un ordre public européen? » in Quelle Europe pour les droits de l'homme, P. TAVERNIER (dir.), Bruylant, 1996, p. 73.

SUTTON (G)

- « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande instance de Paris », Trav. Com. Fra. DIP. 1982-1984, p. 199.

TAK-TAK (M)

- « Conversion à l'Islam et Moudawana. La loi applicable en cas de mariage mixte », L'actualité juridique, n°9, octobre 1998

VANDENDRIESSCHE (C)

- « Le droit à la vie familiale est-il un droit fondamental ? », in Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales, LGDJ 1993.

VON OVERBECK (A. E)

- « Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la treizième session », t. II, 1978, Régimes matrimoniaux et rapport explicatif.

WEBDLING (M) et DUVAL-VERON (C)

- « Kafala et droit patrimoniaux », Famille, janvier 2009, p. 30.

WENGLER (W)

- « Les conflits de lois et le principe d'égalité », Rev. cri. DIP, 1963, p. 203, spec. p. 214 à 215
- « Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits », Rev.crit.DIP. 1952, p.595.

IV - NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS, JURISPRUDENCE

AGASTONI (E)

-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 13 avril 1999, D. 200, p. 268

ALEXENDRE (D)

-Note sous C. A. 1ère ch., 11 juillet 1979, p. 601, spéc. p. 613.

ALLAND (D)

-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 10 mars 1993, Rev. gén. dr. inter. pub. 1993, p. 1051.

ANCEL (B) et LEQUETTE (Y)

-Observations sous l'arrêt *Charlie Chaplin*, GA. Observations sous l'arrêt *Galakis*, G.A.

ANCEL (B) et MUIR WATT (H)

-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 13 avril 1999, Rev. crit. DIP. 1999, p. 698.

ANNOUSSAMY (D)

-Note sous C. Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1998, Rev. crit. DIP 1998, p. 644.

AUDIT (B)

-Observation C. A. Paris, 9 juin 1995, D. 1996. Somm. comm., p. 171.

-Note sous C. Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1998, D. 1998, p. 287.

-Chronique C. Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, D. 2006, p. 1846.

AZZI (T)

- Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 10 mai 2006. II. 10165, la semaine juridique 2006.II. 1065
- BARRIÈRE-BROUSSE (I)**
- Note sous C. cass., 1ère ch. civ., 10 février 1993, Clunet 1994, p. 127.
- Note sous C. Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1998, D. 1998, p. 287.
- BATIFFOL**
- Note sous T.G.I Paris, 21 juin 1967, Rev. crit. DIP. 1968, p. 294.
- BÉRAUDO (J.-P)**
- Note sous CJCE, 17 mai 1994, n° C-294/92, Webb c/ Webb (Mme), D. 1994. 153 ; Rev. crit. DIP 1995. 123.
- BERGER (V)**
- Note X, Y, Z c/ Royaume-Uni, 15 décembre 1967, req.3324/67, Annuaire de la Convention 1967, p 529, Jurisprudence de la CEDH, 8ème éd., 2002, Dalloz, n° 136 p 376.
- Note sous CEDH, arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A, n° 31, p.15, Jurisprudence de la CEDH. 8ème éd., n° 132, p 365.
- Note sous Arrêt Nasri c/ France du 13 juil 1995. Jurisprudence de la CEDH. 8ème éd., n° 132, p 365.
- Note sous CEDH, 19 février 1996, arrêt Gull contre Suisse, Jurisprudence de la CEDH, 5ème éd. n° 28 p 599.
- BOICHÉ (A)**
- Observation sous Civ. 1re, 14 fév. 2006, AJF 2006, p. 252.
- Note sous C. Cass. 1re civ., 23 mai 2006, JDI 2006, AJF 2006, p. 324.
- Observation Civ. 1re, 10 oct. 2006, n° 06-15.264, AJ famille 2007. 32.
- Observation C. Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, Dr. famille 2008, AJF 2008, p. 394.
- Observation Civ. 1re, 28 janv. 2009, n° 08-10.034, D. 2009. 501 ; AJ famille 2009. 170.
- Etude CJCE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, AJ famille 2009. 294. CJCE, 27 nov. 2007, n° C-435/06, Enfants C, AJ famille 2008. 82.
- BOULANGER (F)**
- Note CA Paris, 14 juin 1995 : D. 1996, p. 156.
- Note CJCE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, JCP G 2009/41. 33.
- BOURDELOIS (B)**
- Note sous C.A 2ème ch. Versailles 30/3/1995, Rev.crit. DIP, 16/12/1996, p. 639.
- Note sous C. cass., 1^{ère} ch. civ., 24 septembre 2002, Rev. crit. DIP. 2003, p. 271.
- BOUREL (P)**
- Note sous C. cass., 1ère ch. civ., 30 mai 1967, p. 732.
- BRIÈRE (C)**
- Note C. Cass. 1re civ., 10 mai 2006, JDI 2007 comm. 11, p. 564.
- Observation Civ. 1re, 10 oct. 2006, n° 06-15.265, JDI 2007. 564.
- BUREAU (D)**
- Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 18 mai 2005, Rev. crit. DIP. 2005.
- CALLÉ (P)**
- Note C. Cass. 1re civ., 23 mai 2006, JCP G 2006, II, 10134.
- CAVARROC (F)**
- Conclusion arrêt 17 février 2004, D. 2004, p. 824.
- CHABERT (C)**
- Note C. cass. 1ère ch. civ., 18 mai 2005 JCP. 2005. II. 10115.
- Observation, C. cass. 1re civ., 22 mai 2007 JCP G 2007, actu. 258.
- CHALAS (C)**

-Note sous CJCE, 1er mars 2005, n° C-281/02, *Owusu c/ Jackson*, Rev. crit. DIP 2005. 698

-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 18 mai 2005, *Clunet* 2005, p. 113.

-Note sous C. Cass. 1re civ., 23 mai 2006, *JDI* 2006, p. 1377.

CHARBONNIER.

-Note sous C. cass. 1re civ., 17 décembre 2008, P. n° 07-15393, Bull. n° 228.

CHÉNEDÉ (F)

-Observation CE 27 juin 2008, *AJF* 2008, p. 342.

COURBE (P) et JAULT-SESEKE (F)

-Observation Civ. 1re, 22 févr. 2005, n° 02-20.409, *D.* 2006. 1495.

-Note sous CJCE, 1er mars 2005, n° C-281/02, *Owusu c/ Jackson*, *D.* 2006. 1495

-Observation CJCE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, *D.* 2010.

COURBE (P)

-Chronique arrêts 17 février 2004, *D.* 2004, p. 815.

CUNIBERTI (G) et WINKLER (M)

-Note sous CJCE, 1er mars 2005, n° C-281/02, *Owusu c/ Jackson*, *JDI* 2005. 1177,

CUNIBERTI (G)

-Note C. Cass. 1re civ., 20 mai 2003 : *JDI* 2003, p. 827.

DAVID (S)

-Observation Civ. 1re, 22 févr. 2005, n° 02-20.409, *AJ famille* 2005. 277.

DEVERS (A)

-Observation C. Cass 1^{ère} Ch. Civ., du 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-15.789, *Semaine juridique*, 15 janvier 2003. II. 10007.

-Observation Cass. civ. 2e, 11 juin 2009, *Dr. fam.* 2009/9. 40.

DOUCHY-OUDOT (M) et GUINCHARD (E)

-Chronique sous CJCE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, *RTD eur.* 2010. 421.

DOUCHY-OUDOT (M)

-Observation CJUE, 22 déc. 2010, n° C-497/10, *RTD eur.* 2011. 481.

EGEA (V)

-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 18 mai 2005, *D.* 2005, p. 1909.

EPPLER (M)

-Commentaire C. cass. 1ère ch. civ., 4 novembre 2004, *Gaz. Pal*, 05 février 2011 n° 36, p. 16.

FARGE (M)

-Observation, C. Cass. 1re civ., 13 juill. 2005, *Famille*.

-Note sous C. Cass. 1re civ., 10 mai 2006 : *Dr. famille* 2007, comm. 96. *JCP G* 2007, II, 10072.

-Note C. Cass. 1re civ., 23 mai 2006, n° 04-12.777; *Famille* 2006, comm. 199.

-Note Civ. 1re, 10 oct. 2006, n° 06-15.265, *JCP G* 2007. II. 10072.

-Note sous C. cass. civ. 1ère ch., 22 mai 2007, *Famille*, juil. 2007, n° 155.

-Note C. Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, *Dr. famille* 2008, comm. 133.

-Note. C. Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, *Rev. dr. famille*, 2012, p. 19.

FAUVARQUE-COSSON (B)

-Note C. cass. 1ère ch. civ., 13 avril 1999, *Clunet* 2000, p. 314.

FAVIER (Y)

-Observation C. Cass. 1re civ., 22 oct. 2002 : *JurisData* n° 2002-016290 ; *JCP G* 2003, I, 148.

FOSSIER (Th)

-Observation C. cass. 1ère ch. civ., 18 mai 2005, *D.* 2005, p. 247.

FOYER (J)

- Note sous C. cass., 1ère ch. civ., 3 novembre 1988, Rev. crit. DIP. 1989, p. 495.
- Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 10 février 1993, Rev. crit. DIP. 1993, p. 631
- FRIGENT (S)
- Note sous C. cass. 1re civ., 27 avril 2004, Famille, 2004, comm. n° 162.
- FUCHIRON (H)
- Observation C. cass., 1ère ch. civ., 10 février 1993 J.C.P. 1993, I. 3688, n° 10.
- Note sous CA Versailles, 25 juin 1998 : BICC 1er mars 1999, n° 266.
- Observation C. Cass. 1re civ., 10 mai 2006, D. 2007, p. 816.
- Note sous Cass., 1ère civ., 10 octobre 2006, Recueil Dalloz, 2007, n° 12, p. 819.
- CAA Marseille, 20 mars 2007, n° 05MA02647, inédit.
- Note sous CAA Bordeaux, 10 juin 2008, n° 07BX02056.
- GALLANT (E)
- Note sous C. Cass. 1re civ., 9 juill. 2002 : Rev. crit. DIP 2003, p. 466.
- Note sous CJCE, 27 nov. 2007, n° C-435/06, Enfants C., AJDA 2007. 2228, Rev. crit. DIP 2009. 342.
- Note sous CJCE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, Rev. crit. DIP 2009. 791.
- GALLMEISTER (I)
- Observation C. cass. 1ère ch. civ., 10 mai 2006. II. 10165, D. 2006, inf. rap., p. 1481.
- Note C. Cass. 1re civ., 23 mai 2006, D. 2006, inf. rap. p. 1561.
- Observation C. cass. 1re civ., 22 mai 2007, n° 04-14.716, Banque de développement local (BDL) c/ SARL Fercométal : Juris-Datan° 2007-038915 ; D. 2007, act. jurispr. p. 1496.
- GALLOIS (J)
- Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 4 novembre 2004, Rev. Lamy Droit Civil, 2011, p. 46.
- GANNAGE (L)
- Note sous CA Paris, 14 juin 1995, Rev. crit. DIP 1997, p. 41.
- Note sous C. Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 1997, Rev. crit. DIP 1998, p. 632.
- Note sous arrêt 17 février 2004, Clunet 2004, p. 1200.
- Note sous CA Paris, 1re ch., sect. C., 29 sept. 2005, n° 2005-06690.
- GARÉ (T)
- Observation Civ. 1re, 28 janv. 2009, RJPF 2009/4. 28.
- GAUTHIER (P. -Y)
- Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 11 juillet 1988, Rev. crit. DIP. 1989, p. 81.
- GEORGIN (P)
- Observation sous CEDH arrêt Burghartz c. Suisse du 22 février 1994, Rev. trim. dr. h., 1995.
- GOLDMAN (B)
- Note sous TGI, Paris, 28 avril 1959, JDI 1960.
- GOUTTENOIRE (A) et SUDRE (F)
- Note CEDH, gr. ch., 22 janv. 2008, n° 43546/02, E. B. c/ France : JCP G 2008, II, 10071. Circulaire n°13 c du 12 avril 2004, Rev. Justice de la famille, n°1, juillet 2005, 186-191.
- GOUTTENOIRE (A)
- Observation CEDH, 28 juin 2007, Wagner c/ Luxembourg, RJPF nov. 2007, Dr. famille 2008, études 14.
- Note sous CEDH, 4 Octobre 2012, n° 43631/09, Harroudj c/ France.
- GRANET-LAMBRECHTS (F)
- Observation sous TGI. Paris, 5 avril 1994, D. 1995, Somm. comm, p. 118.
- Observation Civ. 1re, 10 oct. 2006, n° 06-15.265, D. 2007. 1460.

- GUIHO (P)
-Note sous C.A. Lyon, 21 mai 1974, D, 1975, p. 9.
- HAMMJE (P)
-Note sous arrêts du 17 février 2014, *Rev. crit. DIP.* 2004, p. 423.
- HAUSER (J)
-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 10 mars 1993, *Rev. trim. dr. civ.* 1993, p. 341.
-Note sous C. Cass 1^{ère} Ch. Civ., du 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-15.789, *Rev. trim. dr. civ.*, le 1 janvier 2003. p. 62.
-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 4 novembre 2004, *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 115-117.
-Observation Civ. 1re, 28 janv. 2009, *RTD civ.* 2009. 308.
- HAUSSER M. DOUCHY-OUDOT et E. GUINCHARD
-Observation CJCE, 2 avr. 2009, n° C-523/07, *RTD civ.* 2009. 714.
- HUET
-Note sous C. Cass. 1ère civ., 22 oct.1987, *JDI* 1988.
- IDOT (L)
-Observation CJUE, 22 déc. 2010, n° C-497/10, *Mercredi, Europe*, 2011/3. 26.
- JAULT- SESEK (F)
-Commentaire C. cass. 1ère ch. civ., 4 novembre 2004, *Rec. Dalloz*, 2011, p. 1374-1382.
-Observation CJUE, 22 déc. 2010, n° C-497/10, *D.* 2011. 1374.
- JULIEN-LAFERRIERE
-Note sous Arrêt Belgacem, *Rec Lebon, RFDA* 1991, p 497.
- KERKHOVE (E)
-Observation C. cass.,1ère ch. civ., 10 février 1993. *D.* 1994, *Somm. comm.*, p. 32.
- KESSLER (G) et SALAME (G)
-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 10 mai 2006. *II.* 10165 *D.* 2006, p. 2890.
- KHAIRALLAH (G)
-Note sous C. cass., 1ère ch. civ., 6 juillet 1988, *Rev. crit. DIP.* 1989, p. 360.
- KHAN
-Note sous T.G.I Paris le 22 janvier 1968, *Mpouna c. dame Mpouna*, *J.C.P.* 1968.IV.116, *R.*1969, *Somm.* 775, *Clunet*, 1969, 406.
- LABAYLE (H)
-Note Cour euro. dr. h., 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, *JCP*, 1990, I, 3452
- LAGARDE (P)
-Note sous TGI. Paris, 23 avril 1979, *Rev. crit. DIP.* 1980, p. 83.
-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 10 mars 1993 *in* « Un traité bien maltraité .
- LARRIBAU-TERNEYRE (V)
-Note sous C. cass. 1re civ., 28 mars 2006, *Famille* 2006, *comm.* 133.
-Note sous C. cass. civ. 1ère ch., 22 mai 2007, *Famille*, oct. 2007, *comm.* n° 188.
- LARRIBAU-TERNEYRE
-Note sous Cass. 1re civ., 22 mai 2007, *Rev droit de la famille*, octobre 2007, p. 18 et s
- LE BOURCICOT (M-C)
-Observation CA Paris, 31 oct. 2001 : *AJF* 2002, p. 26.
-Observation C. Cass. 1re civ., 22 oct. 2002, *RJPF janv.* 2003, p. 31.
-Observation Cass. civ. 30 sept. 2003, *RJPF févr.* 2004, p. 21.
-Note C. Cass. 1re civ., 10 mai 2006, *RJPF* 2007-1/35.
-Observation sous Cass. 1re civ. 10 oct. 2006 : *RJPF* 2007, p. 22 et s.
-Observation CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c/ Luxembourg*, *RJPF nov.* 2007, p. 23.

LEGIER (G)

-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 13 avril 1999, JCP. 2000. II. 10261.

LEQUETTE (Y)

-Note sous C. cass., 1ère ch. civ. 6 juillet 1988, Rev. crit. DIP. 1989, p. 78.

-Note sous C. A. Paris, 14 juin 1994, Rev. crit. DIP. 1995, p. 308, spéc. 315

-Note sous C. Cass. 1ère civ., 22 oct. 1987, Cressot, Rev. crit. DIP 1988.

-Note Paris 14 juin 1994 (affaire dite du transsexuel argentin), Rev. crit. DIP, 1995, 308.

LOUSSOUARN

-Note sous Tribunal corr. Brest, 18 octobre 1949, S.1950.2.74.Tribunal corr. Villeranche-sur-Saône, 6 novembre 1951, R.1953, 764.

M.-C. MEYZEAUD- GARAUD

-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 4 novembre 2004, Rev. Jur. Personne et Famille, 2011, pp. 23-25. Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 5 juillet 1988, p. 398, conclusions. L.

MARCHADIER (F)

-Note sous CA Limoges, 25 janvier 2011, Rev. crit. DIP 2011, p.690 et s.

MARRAUD DES GROTTES (G)

-Note sous C. Cass. 1re civ., 23 mai 2006, Rev. Lamy civ. 2006, n° 2152.

MASSIP (J)

-Observation C. cass., 1ère ch. civ., 6 juillet 1988, précitée, p. 498. ; Defrénois 1989, 306.

-Note sous C. cass., 1ère ch. civ., 10 février 1993, D. 1994, p. 66., Observation Defrénois, 1993, p. 982, n° 86.

-Note sous C. cass. 1ère ch. civ., 10 mars 1993, D. 1993, p. 36.

-Note sous C. Cass 1ère Ch. Civ., du 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-15.789, arrêt n° 1352 Droits et patrimoines, le 1 janvier 2003, p. 120-12.

-Observation C. Cass. 1re civ., 20 mai 2003, LPA 2004, n° 53, p. 17.

-Note sous C. Cass. 1re civ., 10 mai 2006, JDI 2007 p. 307.

-Note sous Civ. 1re, 10 oct. 2006, n° 06-15.265, Defrénois, 2007/4. 307.

MONEGER (F)

-Note sous TGI. Orléans, 17 mai 1984, Rev. cri. DIP. 1986, p. 307.

-Note sous ch. civ., 6 juillet 1988, Defrénois 1989, p. 706

-Observation C. Cass. 1re civ., 20 mai 2003, Dr. et patrimoine, nov. 2003, p. 98.

NAJAR (M-C)

-Note sous C. Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, n° 03-14961, JDI 2006, p. 1365.

NEIRINCK (CI) et MARTIN (P. -M.)

-chronique C. cass. 1ère ch. civ., 10 mars 1993 JCP. 1993. I. 3677.

NEIRINCK (C)

-Observation Civ. 1re, 10 oct. 2006, n° 06-15.264, RDSS 2006. 1098.

NIBOYET (M.-L)

-Observation C. cass. 1ère ch. civ., 13 avril 1999 Gaz. Pal. 2000, n° 61-62, p. 42.

-Note sous CJCE, 1er mars 2005, n° C-281/02, Owusu c/ Jackson, Gaz. Pal. 2008. 148. 31

-Note sous C. cass. 1re civ., 22 mai 2007, Gaz. Pal. 1-2 juin 207.

NOURISSAT (C)

-Note sous CJCE, 1er mars 2005, n° C-281/02, Owusu c/ Jackson, D. 2006. 1259.

NOURISSAT

-Observation CJUE, 22 déc. 2010, n° C-497/10, Procédures, 2011/2. 27.

LOUDIN (F)

-Observation C. Cass 1^{ère} Ch. Civ., du 24 septembre, pourvoi n° 00-15.789, Rev. jur. prs et fam., 1 janvier 2003.

-Commentaire C. cass. 1^{ère} ch. civ, 10 mai 2007, Gaz. Pal, 25 novembre 2008, p. 44-45.

PATAUT (E)

-Note sous Civ. 1^{re}, 22 févr. 2005, n° 02-20.409 Rev. crit. DIP 2005. 515.

PELLERIN (M)

-« Droit musulman algérien », note sous C. cass. 1^{ère} ch. civ., 4 novembre 2004, précitée.

PONDARD

-Note sous C. cass., ch. civ., 1^{ère} sect. civ., 19 février 1963, Clunet 1963.

-Note sous TGI Versailles, 31 mars 1965, JDI 1966. 97.

PRETOT

-Note sous Arrêt Belgacem, Rec Lebon, D. 1991, p. 399.

REVILLARD (M)

-Note sous C. cass., ch. civ., 1^{ère} sect. civ., 19 février 1963, JCl. Dr. int., fasc. 556, n° 22 et s.

-Note sous C. Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2006, Defrénois 2007, p. 133.

-Note sous Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2006 : Defrénois 2006, p. 132.

-Note sous C. Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2008, Defrénois 2008, p. 2181.

RIGAUX (F).

-Note sous Trib. civ. Bruxelles, 18 décembre 1990, JT 1991, 242. « Le statut de la représentation », étude de droit international privé comparé, E.J. Brill, Leiden, Netherlands 1963, p. 73 et s.

RONDEAU-RIVIER (M. -C)

-Chronique C. cass. 1^{ère} ch. civ., 10 mars 1993, D. 1993 D. 1993, p. 2033.

ROUSSET (M)

-Note sous Cour sup., Assemblée plénière, arrêt du 30 décembre 2004, La Gazette du Maroc n°408, 21 février 2005.

RUBELIN-DEVICHI (J),

-Note sous C. cass. 1^{ère} ch. civ., 10 mars 1993 JCP. 1993. I. 3688, n° 4.

SAÏDI (K)

-Note sous C. Cass., 1^{ère} civ., 07 novembre 1984, Torlet, Rev. des barreaux l'Ile de France, 1 janvier 94, pp. 77-79.

SAINT-ROSE (J)

-Conclusions sous C. cass. 1^{ère} ch. civ., 24 septembre 2002, JCP. 2003. II. 10007.

SANA-CHAILLÉ de NÉRÉ (S)

-Note sous Civ. 1^{re}, 22 févr. 2005, n° 02-20.409, D. 2005. 1459.

STRICKLER (Y) et GRANET-LAMBRECHTS (F)

-Note sous C. cass. 1^{ère} ch. civ., 18 mai 2005, JCP. 2005. II. 10081.

SUDRE (F), CEDH

-Note sous arrêt Marckx du 13 juin 1979, série A, n° 31, p.15, Droit international européen des droits de l'homme, PUF, 2^{ème} éd. 1995, p 148 et s.

- Note sous Cour euro. dr. h., 7 juillet 1989, Soering c. Royaume-Uni, RGDIP, 1990, p. 103.

- Observation sous C. Cass., 1^{ère} civ., 07 novembre 1984, note JCP, 1994, I, 3742, n° 38.

SUTTON (G)

-Note sous TGI. Paris, 9 février 1982, décision citée *in* Trav. Com. Fra. DIP. 1982-1984, p. 198.

TAGARAS (H)

-Note sous CJCE, 17 mai 1994, n° C-294/92, Webb c/ Webb (Mme), JDI 1995. 477.

VANDENDRISSCHE

-Note sous Cons. const. 13 août 1993, Rev. crit. DIP, 1993, p 597.

VERDOT (A)

-Observation CA Aix-en-Provence, 24 oct. 2006 : JurisData n° 2006-322119 ; JCP G 2007, II, 10073.

VERWILGHEN (M)

-Note sous T. Civ. Arlon, 16 janvier 1973, 1973.322.

WEDERKEHR (G)

-Note sous C. cass., ch. req, 9 juillet 1935, D. 1935, p. 413.

-Note sous TGI Paris, 26 février 1986, Clunet 198, p. 420.

-Note sous C. cass., 1ère ch. civ., 6 juillet 1988, Clunet, 1981, p. 718.

-Note sous C. Cass., 1ère. civ., 31 janvier 1990, Pistre, pourvoi numéro 87-15.648.

AUTRES JURIPRUDENCES

JURISPRUDENCE FRANCE

C. A. Bordeaux, 18 mai 1852, S. 1852, p. 609.

Tri. Civ. Pontoise, 6 août 1885, p.296; Paris 15 novembre 1922, Clunet 1923, p. 85; Paris 17 novembre 1922, Recueil périodique et critiques Dalloz 1923. 2. 59, Sirey 1924. 2. 65, Clunet 1923, p. 85.

Civ. 1ère, 17 avril 1953, Grand Arrêt. DIP, n°26.

Trib. civ. Liège, 3 février 1966, Rev. crit. jur. belge. 1970. p. 227

C. A. Paris, 13 octobre 1989, D. 1989, inf. rap., p. 284; Rev. crit. DIP., 1990.

Civ. 1re, 2 oct. 2001, no 00-10.404, Bull. civ. I, no 235 ; AJ fam. 2001. IR 98

CA Paris, 28 mars 2002, Juris-Data no 2002-17-8053.

C.A.A Douai 12 novembre 2002, AJDA, 28 avril 2003, p 851.

C.E. 8 juin 2005, n°221774, JurisData n°2005-068612.

C.A. Amiens, 30 juin 2005, n° 04/03437.

C.A. Douai, 30 juin 2005, n° ct 0032, publié par le service de documentation de la Cour de cassation.

C. A Paris, 16 févr. 2006 : Lexbase n° A3757DNH

C. A Paris, 28 juin 2006, RG n° CT0183.

C. A Paris, 23 novembre. 2006 :JurisData n° 2006-327069.

CA Limoges, 1er oct. 2007 : Juris-Data n° 2007-350320.

CA Paris, 4 oct. 2007 : Juris-Data n° 2007-349900.

C. A. Appel Bordeaux, 10 juin 2008, n° 07BX02520

Civ. 1re civ., 9 juill. 2008.

C.A. Colmar, 7 octobre 2008, n° 07/00461

Civ. 1^e, 11 mars 2009, P. n°08-13390.

T.G.I Limoges, 23 novembre 2010, n° 10/269

T.G.I Versailles, 25 novembre 2010, n° 09/02062.

C. A. Appel 3ème ch. Lyon, 04 octobre 2012, n°12LY00491.

Civ. 1re, 23 janv. 2007, no 05-21.898, Bull. civ. I, no 35.

DECISION DU CONSEIL D'ETAT

C.E, 8 déc. 1978, GISTI.

C. E 2 octobre 1996, req. juris-data n° 156257, texte intégral in Juridisque Lamy CE, 23 septembre 1988, ministre de l'intérieur/Mme Robalo-Lopès, Req. 77.464.

C. E 29 décembre 2000, Sacko, AJDA 2003, jurisprudence, p 851.

C. E, 30 juin 2003, n° 227844 : JurisData n° 2003-065698.

C. E, 13 décembre. 2006, n° 282674 : JurisData n° 2006-071239.

C. E, 24 janv. 2007, n° 290066. – C. E, 29 nov. 2006, n° 266156.

C. E, 7 mars 2007, n° 288637 : JurisData n° 2007-071611.

C. E, 7 mars 2007, n° 285679 : JurisData n° 2007-071609.

C. E, 8 octobre 2007, n° 297787 : JurisData n° 2007-072517.

C. E, 9 novembre 2007, n° 296173 : JurisData n° 2007-072704.

C. E, 28 déc. 2007, n° 303956 : JurisData n° 2007-073011.

C. E, 28 déc. 2007, n° 304202 : JurisData n° 2007-073002.

C. E, 27 juin 2008, n° 291561,

JURIPRUDENCE DE CEDH

Cour eur. dr. h., arrêt Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-uni du 28 mai 1985.

Cour euro. dr. h., 26 juin 1992.

Cour eur. dr. h., arrêt Gaygusuz c. Allemagne du 16 décembre 1996.

JURISPRUDENCE MAROCAINE

Cr sup., arrêt du 24 janvier 2001, dossier n° 2212/1/2000, publié dans *Jurisprudence de la Cr. sup.* n° 59-60, 2002, 182.

C Tribunal de 1^{ère} instance d'El-Jadida, jugement N° 496/98 rendu le 20/03/2002.

Tr.1ere instance A El-Jadida, Chambre du statut personnel, dossier N°2/188/1, arrêt du 29/03/2003.

Cr. sup. n° 1802, du 5/12/1989

Cr sup., arrêt du 22 décembre 2004, n° 152, 211-214.

Cr. sup. 7décembre 2005, A. CHOUKRI, op.cit., p.117.

Cr. sup., 4 janvier 2006, dossier n° 547/2/1/20

Cr. sup. 3 décembre 2008, *Rihab Al Mahakim* , N°4 Février 2010 p.6

Cr. sup. le 24 décembre 2008, *Revue de la Cour Suprême*, N°25.

Cr. sup. 7 janvier 2009, *Revue de la Cour Suprême*, N°25.

Cr. sup. 18 mars 2009, Arrêts de la Cour suprême, Chambre du statut personnel et successoral, n°25

Cr. sup. le 25 mars 2009 , A. CHOUKRI, *Les principaux arrêts de la cour suprême en application du livre III du code de la famille*, N°IDGL , p.83.

Cr. sup. le 1 avril 2009, *Arrêts de la Cour suprême, Chambre du statut personnel et successoral*, N°25.

Cr. sup. le 15avril 2009, . A. CHOUKRI, op.cit., N°IDGL , p. 43.

Cr. sup. 03 juin 2009, *Revue de la Jurisprudence de la Cour Suprême*, N°73 2011, p.141

Cr. sup. 10 juin 2009, *Gazette des Tribunaux du Maroc*, N°128-129

Cr. sup. le 17 juin 2009, A. CHOUKRI, op. cit., N°IDGL , p.83.

Cr. sup. 4 novembre 2009, *Gazette des Tribunaux du Maroc*, N°128 et 129

V - ARTICLES DE JOURNAUX

- Article du journal "Akhbar Alyoum", lien en langue française:
<http://www.panoramaroc.ma/fr/selon-ramid-risque-devangelisation-de-30-000-enfants-marocains-dans-les-20-prochaines-annees/>, 30 octobre 2012.
- Bladi, « Adoption au Maroc, vers la fin de la kafala pour les MRE et les étrangers? », Ya bladi, le 31 juillet 2012.
- Bladi, Adoption : « La nouvelle circulaire sur la kafala ne concerne pas les Marocains à l'Etranger », Ya bladi, 2 août 2012
- Démocratie, 4 février 1957, p.9
- Hebdomadaire arabe publié à partir du 22 juillet 1956, organe officiel du Comité marocain d'éducation de base et de lutte contre l'analphabétisme.
- L'Istiqlal « Droit à l'éducation et à la culture, droits sociaux, droits conjugaux, droit à la mère et l'enfant », 16 mars 1957
- "La non-discrimination: un droit fondamental", Séminaire sur l'entrée en vigueur du Protocole n°12, Strasbourg, 11 octobre 2007, éd. du Conseil de l'Europe, 2007.
- « Dix ans après, le Code de la famille prend des rides » la vie économique, n° du 10 février 2014.
- Le Monde, article au titre: La législation sur l'avortement n'est plus tabou au Maroc, publié le 14/10/2011
- Le quotidien de l'Istiqlal, al-Alam, 20 février 1957
- Libération, 7 mars 2005 Rapport d'expertise, février 2002, p. 2
- Perspectives marocaines, bimensuel, n°20-21, 20 août- 5 septembre 1956
- Revue de la conscience islamique (en arabe), année 39, n° 435, Janvier-février 2002.

GLOSSAIRE

A

Al-baghâ: Terme qui désigne la prostitution

'Akd : Contrat, vient du verbe 'akada, contracter.

'Akd al mu'âwada : Contrat à titre onéreux

'Akd al tabarû' : Contrat à titre gratuit.

tamlik al'aîn : Contrat de transfert de chose

tamlik al manfa'a : Contrat de transfert de jouissance

'Akd a sahih : Contrat valide

'Akd al batil : Contrat nul

'Akd al lâzim : Le contrat irrévocable

'Akd ghayr al lâzim : Le contrat révocable.

D

Djaber : Contrainte, provient d'une racine ayant le sens de : remettre les choses en état.

F

Fâsid: imparfait

Fasekh : rompre un contrat

Fîkh : science de Droit Religieux Islamiques; connaissances qui indiquent ce qu'il faut faire et ce dont on doit se méfier; les commandements et les interdictions.

Fukahas : les jurisconsultes, les savants du fiqh

H

Hadd : Hudûd est un terme du droit musulman qui désigne les peines légales prescrites par le Coran ou la Sunna. Une peine est impérative si le juge ne peut pas la moduler car elle est ordonnée par Dieu ; ce terme s'oppose aux peines modulables par la juridiction.

Hadîth : ensemble de traditions sur le prophète constituant une loi de tradition orale.

I

Idda : est une retraite de continence imposée à la femme après la dissolution du mariage, soit par la répudiation, le divorce ou le décès du mari.

Idjâb: l'offre

Ihram : est un vêtement revêtu par le pèlerin au moment où il pénètre dans le territoire sacré, c'est-à-dire à mi-chemin entre Djedda et la Mecque.

Ijtihad : le fait de faire effort; capacité à comprendre les sens cachés, tels que les commandements, interdictions dans le Qur'an al-karîm; un effort personnel de réflexion.

Istibrâ : une retraite de continence qui est imposée à la femme, mariée ou non, qui a entretenu, volontairement ou non, par erreur ou

par violence, des relations licites ou non en dehors du mariage

K

Khiâr : option

Khiâr al'ayeb : option du vice

L

L'iane : Al-Li'ân, dans la terminologie jurisprudentielle, c'est le serment et le témoignage certifié d'un mari qui accuse sa femme d'adultère. Ce serment est accompagné pour le mari de l'invocation de la malédiction d'Allah contre lui-même (s'il ment) et pour la femme de l'invocation de la colère d'Allah, exalté soit-Il, contre elle-même (si son mari dit la vérité). L'Encyclopédie de la jurisprudence mentionne : « Le mot Al-Li'ân désigne le fait de vouer une personne au malheur en appelant sur elle la malédiction divine. On dit aussi qu'il fait référence au malheur et à l'éloignement d'Allah, exalté soit-Il, et qu'il s'agit d'une insulte lorsqu'il provient des créatures.

M

M'ahr : la dot

Mahkama : Tribunal

Oumma : l'ensemble de la communauté musulmane

Q

Qaboul: Acceptation

S

Sadaq : dot

Shighâr : ou par compensation, lorsque un homme donne sa fille en mariage à quelqu'un, à la condition

que ce dernier lui donnera sa fille en mariage également et qu'il n'y aura pas de dot de part ni d'autres.

Sunna : pluriel Sunnan :« cheminement » ou « pratique (s).» La pratique ordinaire du Prophète, incluant ses paroles, ses actions, ces approbations tacites ou ses désapprobations. Les savants du Hadith ajoutent ses traits personnels (incluant ses caractéristiques physiques) à cette définition.

Table des matières

INTRODUCTION.....	4	
PREMIERE PARTIE : LE MARIAGE ET SES EFFETS ENTRE HIER ET AUJOURD’HUI		22
CHAPITRE I : Le mariage marocain : une institution religieuse et une institution juridique		24
SECTION I: Signification et définition du mariage selon le droit musulman classique	25	
Paragraphe I : La signification religieuse du mariage marocain.....	25	
I- L’acte religieux	26	
A- La nature juridique du mariage en droit musulman.....	28	
1- La classification des principaux contrats en droit musulman	28	
2 - La classification du contrat de mariage en droit musulman classique.....	31	
B- La spécificité du mariage comme institution de droit musulman	33	
1- La formation du mariage islamique.....	34	
a- Les conditions de forme du mariage.....	35	
b- Conditions de fond du mariage du droit musulman.....	41	
i) - Les empêchements	41	
ii)- La dot en droit musulman	48	
2 - La nullité du mariage islamique	52	
a- Le mariage nul	53	
b- Le mariage irrégulier	54	
3- Preuve du mariage	56	
II- L’aspect sexuel du mariage et son importance	59	
A- L’importance de la consommation en droit musulman	60	
1- <i>Zinâ</i> et l’interdiction du désordre charnel.....	61	
2- Les mécanismes directement liés à la consommation du mariage, le <i>nikâh</i>	63	
B- Les effets de la consommation sur les époux après la fin du mariage	65	
Paragraphe II: La signification légale : l’institution du mariage dans le Maroc moderne.....	68	
I- Le mariage marocain, son élaboration et ses principes fondateurs, l’œuvre d’Allal El-Fassi	69	
II- Le débat	81	
SECTION II: La codification de l’institution du mariage de 1956 à la réforme de 2004.....	84	
Paragraphe I : Une première codification du mariage : La <i>moudawana</i> de 1956.....	85	
I- Les conditions de fond du mariage:	86	
A- Consentement et puberté.....	87	

B- La dot	89
C- Les empêchements	90
II- Les conditions de forme du mariage	91
A- Les témoins	93
B- Le tuteur matrimonial et la manifestation du consentement	94
C- La preuve du mariage	95
Paragraphe II : Une nouvelle définition vers un rapprochement des systèmes : la réforme de 2004	96
I- Les conditions de fond : entre innovation et maintien	97
A- Les réformes traitant de certaines conditions de fond et la survivance de la dot	99
1- L'égalité entre l'homme et la femme dans la capacité matrimoniale	99
2- La tutelle matrimoniale: une exigence abrogée pour la femme majeure	103
3- La survivance de la dot	104
a- La définition de la dot	105
b- L'évaluation de la dot	106
c- Le versement de la dot	106
B- Le maintien de la polygamie : une exception à la règle de la monogamie	107
1- La polygamie face au Code de la famille	110
a- Le principe de l'interdiction de la polygamie	110
b- Les exceptions	111
2- La polygamie face à la pratique	114
a- Le juge face à la polygamie	115
b- L'époux, la première et la seconde épouse, trois parties face à la polygamie	116
II- Les conditions de forme : la célébration au Maroc et à l'étranger	119
A- Le mariage célébré au Maroc	119
B- Le mariage célébré à l'étranger	123
CONCLUSION DU CHAPITRE I	125
CHAPITRE II: LES EFFETS DU MARIAGE MAROCAIN	126
SECTION I: Les effets du mariage entre époux	126
I- Les relations conjugales en droit musulman classique	127
A- La domination maritale au sein du couple	128
B- Obligation de l'époux selon le droit musulman classique	131
1- Devoir de cohabitation	131
2- Devoir conjugal	132
3- Devoir d'égalité entre les épouses en cas de polygamie	133
4- Devoir de l'entretien de la femme (nafaqua)	135
5- Les visites	137
C- Les obligations de la femme	137

1- Devoir d'obéissance au mari	137
2- Devoir d'habiter au domicile conjugal	138
3- Le devoir de fidélité.....	138
4- La maîtrise de ses biens	140
5- Devoir des soins du ménage	141
II- Les relations conjugales selon l'ancienne moudawana marocaine	141
A- Les relations personnelles entre époux	142
B- Les relations patrimoniales entre les époux	145
1- La gestion des biens.....	146
2- Les charges du mariage	147
Paragraphe II : Les effets du mariage entre époux après la réforme de 2004	150
I- Les rapports personnels.....	150
A- L'égalité des droits et des devoirs entre époux.....	151
B- La fin du concept du mari, chef de la famille	153
II- Les rapports pécuniaires entre les époux	155
A- Le maintien de l'obligation d'entretien de l'épouse par le mari.....	155
B- La gestion des biens entre époux	158
1- Le régime légal applicable aux biens du ménage marocain	159
2- L'autonomie de la volonté : le contrat additif traitant de la gestion des biens	162
3- Les règles générales de preuve	166
Section II : La filiation et les rapports des époux avec les enfants	167
Paragraphe I : La filiation légitime : définition et exceptions.....	168
I- La filiation issue d'un mariage valablement conclu.....	169
A- Le lit conjugal	172
B- Le désaveu des enfants nés sur le lit conjugal	173
1- L'expertise génétique et la présomption de la paternité	173
2- Le serment d'anathème.....	177
II- La filiation issue d'un mariage invalide.....	179
III- L'établissement de la filiation des enfants conçu lors des fiançailles ou en cas de doute ou de force majeure	180
A- Les fiançailles	181
B- La filiation en cas de doute	182
C- Filiation en cas de force majeure	182
PARAGRAPHIE II: Les nouveaux rapports entre les enfants et leurs parents.....	184
I- Les nouveaux rapports entre la mère et l'enfant	186
A- La mère et la représentation légale : tutrice d'exception	186
B- La mère et la garde.....	188

1- Le maintien de la garde comme privilège pour la mère	188
2- Les limites du privilège de la garde accordée à la mère	189
a- Le remariage de la mère, cause de déchéance du droit de garde	189
b- Interdiction à la mère gardienne de voyager avec l'enfant à l'étranger.....	192
c- Le cas de la mère non musulmane	193
II- Les nouveaux rapports entre le père et les enfants.....	194
A- L'entretien de l'enfant	194
B- L'obligation de garantir un logement décent, distincte de celle de la pension alimentaire	196
Paragraphe III: La filiation illégitime et adoptive.....	197
I- La filiation illégitime au Maroc	198
A- Définition.....	198
B- Le statut juridique de l'enfant illégitime	199
1- La situation de l'enfant illégitime par rapport aux parents	200
2- Le renforcement de la filiation par des mesures pénales.....	200
3- Enfants naturels sans famille : enfants de l'État.....	202
II - La kafala selon la législation marocaine.....	203
A- Adoption et kafala	203
1- L'adoption en droit musulman	203
2- La kafala.....	207
a- La kafala dans le dispositif national et international	207
b- Conditions et procédure.....	209
i)- Les démarches précédant la kafala.....	210
ii)- L'ordonnance de la kafala et le placement de l'enfant dans une famille	212
B- Les effets de la kafala : les droits du makfoul.....	213
1- L'identité et la filiation du makfoul.....	213
2- L'état civil du makfoul.....	214
3- La prise en charge du makfoul	216
C- La cessation de la kafala	217
D- Le contrôle de la kafala.....	218
CONCLUSION DU CHAPITRE II	222
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.....	223
PARTIE DEUXIEME: LA CONFRONTATION ENTRE LE MARIAGE MAROCAIN ET L'ORDRE JURIDIQUE FRANCAIS	225
CHAPITRE I: LA CONFRONTATION ENTRE LES DEUX SYSTEMES QUANT A LA FORMATION DU MARIAGE MAROCAIN	228
SECTION I: L'application du droit marocain de la famille en France en matière de formation du mariage	228
PARAGRAPHE I: Application des dispositions relatives à la célébration du mariage pour les marocains résidents en France.....	229
I- L'application abstraite du Code marocain	229

A- Le champ d'application du Code marocain de la famille	229
B- Le mariage des marocains résidant en France	232
II- Application concrète du Code et jeu de la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut personnel.....	234
A- Les difficultés d'application concrète du Code	234
B- Les apports et les limites de la convention franco-marocaine en matière de célébration du mariage	239
PARAGRAPHE II: Les conditions de validité du mariage marocain.	242
I - Le problème de qualification.....	244
A- Les incertitudes du changement de qualification.....	248
1-La difficile distinction entre les conditions de du fond et conditions de la forme.....	248
2- Les implications de la nouvelle qualification	251
B- Vers un autre procédé	253
II- L'intervention de l'ordre public : le cas de l'empêchement religieux	257
A- Les règles du droit international privé français	257
B- Le problème lié à la non-reconnaissance du mariage au Maroc	259
SECTION II : La polygamie marocaine face au droit international privé français	260
Paragraphe I : La nature du mariage polygamique en droit français : La définition de la polygamie entre le droit et de fait	261
Paragraphe II : Le droit applicable à la polygamie en France	268
A- L'impossibilité de contracter un mariage polygamique en France	269
B- La nullité du mariage contracté par une Française et un étranger polygame à l'étranger.....	273
A- L'interdiction.....	276
B- La solution de la Cour européenne des droits de l'Homme et l'applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme	280
A- Le rôle de la volonté des époux dans le choix de la détermination de la règle applicable.....	286
B- L'application de la loi des effets du premier mariage	287
C- La consultation de toutes les lois en présence.....	288
Paragraphe III : La polygamie face à la Convention européenne des droits de l'homme	292
I- Une protection relative excluant l'institution polygamique.....	292
II- L'ordre public européen face à la polygamie	294
CONCLUSION DU CHAPITRE I.....	297
CHAPITRE II : LES EFFETS DU MARIAGE MAROCAIN EN FRANCE	298
Section I : Les effets du mariage entre les époux marocains en France	299
Paragraphe I : Les effets personnels entre époux marocains résidant en France	299
I - La loi applicable aux effets personnels entre loi nationale et loi du domicile	299
A- Les questions exclues de la catégorie des effets personnels du mariage	300
B- Les questions incluses dans la catégorie des effets personnels du mariage	302
C- L'effectivité de la loi marocaine	305

II- La place de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations personnelles entre époux marocains résidant en France.....	309
A- L'article 5 du protocole 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme	310
B- L'impact du principe d'égalité entre époux sur le droit international privé français ...	313
1- Un ordre public égalitaire face au droit marocain	315
2- L'impact des droits fondamentaux sur la convention franco-marocaine du 10 août 1981	318
Paragraphe II: Des effets pécuniaires entre époux marocains	322
I- Les effets patrimoniaux entre époux marocains monogames	323
A- La loi applicable au moment du mariage.....	325
1- le régime matrimonial des époux marocains résidents en France mariés après le 1er septembre 1992	325
2- Le régime matrimonial des époux mariés sans contrat de mariage avant le 1er septembre 1992	328
B- Le changement de loi applicable au régime matrimonial au cours du mariage	331
1- La mutabilité volontaire.....	331
2- La mutabilité automatique	333
II- Les effets matrimoniaux des unions polygamiques marocaines	336
A- L'incompatibilité du régime communautaire avec les unions polygamiques	337
B- L'adoption de régimes distincts pour les différentes unions.....	340
C- Maintenir le régime de communauté des biens pour les ménages polygamiques.....	343
Section II: Les rapports entre les époux et leurs enfants	347
Paragraphe I: La filiation et les rapports parentaux	348
I- L'ordre public de proximité et son intervention face à la loi marocaine déniait la filiation naturelle	349
A- Le lien avec le for et l'intervention de l'ordre public de proximité	350
1- La notion d'ordre public de proximité	351
2- La variation de l'ordre public de proximité	354
B- La jurisprudence française face au droit marocain de la filiation	357
1- La jurisprudence inconstante du tribunal de grande instance de Paris	358
2- La jurisprudence de la Cour de cassation entre libéralisme et éviction.....	363
a- L'arrêt du 3 novembre 1988: Une attitude libérale	363
b- Les arrêts du 10 février 1993 et du 10 mai 2006 : l'intervention de l'ordre public de proximité entre acceptation et rejet	367
3- Appréciation de la jurisprudence	369
4- Vers une autre solution plus juste.....	377
II- Les effets de la filiation : autorité parentale, garde et pension	382
A- L'autorité parentale et ses effets sur la garde par rapport à la convention franco-marocaine	384
1- La faillite de la convention franco-marocaine en matière d'exercice de l'autorité parentale	386
2- Le caractère indirect des règles de compétence posées par l'article 24 de la Convention et ses conséquences	391

B- L'égalité dans l'exercice de l'autorité parentale entre les parents, droit fondamental imposé par la Convention européenne des droits de l'Homme	392
Paragraphe II: L'institution de la kafala face au droit international privé.....	397
I- La qualification de la kafala en droit international privé français.....	401
A- La kafala ne peut se transformer en adoption	401
1- La kafala n'est pas une adoption	403
2- La position du droit positif et celle de la Convention européenne des droits de l'Homme	410
a- La position du droit français: l'article 370-3, alinéa 2 du Code civil	411
b- La position de la Convention européenne des droits de l'Homme	416
B- La recherche de l'équivalent à la kafala : tutelle et autorité parentale	421
1- La kafala et la tutelle	422
a- Les similitudes entre la tutelle et la kafala.....	424
b- Divergences entre les deux institutions	426
2- La kafala et la délégation de l'autorité parentale	428
a- Une qualification incertaine.....	428
b- Une assimilation imparfaite.....	432
II- Les effets de la kafala en France.....	435
A- L'imperfection des effets de la qualification de la kafala	435
1- Des effets incomplets et occultés.....	435
a- Des effets incomplets.....	436
b- Des effets occultés	438
2- Les effets du retrait de la kafala.....	439
B- De la compétence du juge français face à la kafala marocaine.....	440
1- La compétence du juge français pour connaître les effets de la kafala.....	443
2- De la loi applicable aux effets de la kafala	449
CONCLUSION DU CHAPITRE II	457
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.....	458
CONCLUSION GENERALE	459
BIBLIOGRAPHIE	462
GLOSSAIRE	492
Table des matières	495

**Réception du Code marocain de la famille
de 2004 par le droit international privé
français : le mariage et ses effets**

Résumé

Ce travail a pour objet d'étudier la confrontation entre deux systèmes juridiques distincts en matière de mariage et de ses effets. Il s'agit de la réception du droit marocain de la famille qui est d'essence religieux par l'ordre juridique français à travers son droit international privé, un ordre juridique laïque. La première partie de cet ouvrage est consacrée à la compréhension du mariage marocain et de ses effets qui est indispensable pour la réception d'institutions étrangères par l'ordre juridique français. Pour y parvenir, il faut saisir l'évolution de l'institution matrimoniale depuis la création du premier Code de la famille marocain, jusqu'à la réforme de ce dernier en 2004. Elle met en évidence l'assimilation par le législateur marocain du mariage et de ses effets dans un Code de la famille moderne tout en gardant son essence religieuse. Cette approche indispensable conduit à comprendre la portée de la réforme du mariage marocain de 2004 et la difficulté que connaît son application. Comprendre ses limites permet de saisir la conception de la notion de famille dans le Maroc d'aujourd'hui.

La deuxième partie est consacrée à la réception de cette notion à travers le mariage marocain et ses effets par le droit international privé français. L'étude de l'application des règles de droit international privé montre la difficulté qu'a la loi marocaine à s'appliquer sur le territoire français malgré l'existence de la convention franco-marocaine du 10 août 1981. Le droit marocain se trouve, malgré sa compétence, soit devant une qualification difficile de ses institutions inconnues de l'ordre juridique français et dans ce cas, il est dénaturé. Soit il est face à l'intervention du mécanisme de l'exception de l'ordre public puisque ses institutions et ses règles sont considérés comme choquant les principes fondamentaux du for et par conséquent, il est écarté. En analysant la méthodologie du droit international privé français, un certain relativisme découle dans l'application de ses modalités ce qui invite à s'interroger sur les limites du respect des valeurs fondamentales du for. Un relativisme qui se débat entre poursuivre le but du droit international privé d'harmoniser deux systèmes.

Mots clés : mariage, polygamie, filiation, kafala, régimes matrimoniaux, droit musulman, DIP, ordre public, ordre publique de proximité, systèmes différents et la protection de son propre ordre juridique.

Résumé en anglais

This work is to study the confrontation between two distinct legal systems relating to marriage and its effects. It is the receipt of the Moroccan family law which is of religious essence by the legal order french through its international law private, a legal secular. The first part of this book is devoted to understanding Moroccan marriage and its effects which is indispensable for the reception of foreign institutions by the french legal order. Achieve this, to understand the evolution of the marital institution since the creation of the first Code of the Moroccan family, until the reform of the latter in 2004. It highlights the assimilation by the Moroccan legislator of the marriage and its effects in a modern family Code while keeping its religious essence. This indispensable approach leads to understand the scope of the reform of the Moroccan wedding of 2004 and the difficulty that knows its application. Understanding its limits allows to capture the design of the concept of family in the Morocco of today.

The second part is devoted to this concept through the Moroccan wedding reception and its effects by french private international law. The study of the application of the rules of private international law shows the difficulty that Moroccan law applicable on french territory despite the existence of the Franco-Moroccan agreement of 10 August 1981. Moroccan law is, despite its jurisdiction, either before a difficult qualification of its unknown institutions of the french legal system and in this case, it is denatured. It is against the intervention of the mechanism of the public order exception as its institutions and its rules are considered offensive the fundamental principles of the Forum and consequently, he was waived. By analyzing the methodology of french private international law, a certain relativism arises in the application of its provisions that shipments to wonder about the limits of respect for the fundamental values of the Forum. A relativism that struggles between pursuing the goal of private international law to harmonize two different systems.

Key words: marriage, polygamy, filiation, kafala, matrimonial, Muslim law, DIP, public order, public order of proximity, protection of its own legal system.