



**HAL**  
open science

# Les voies d'une modernisation enfin efficiente du Code de la famille marocain

Soufyane El Mortaja Oukhiti

► **To cite this version:**

Soufyane El Mortaja Oukhiti. Les voies d'une modernisation enfin efficiente du Code de la famille marocain. Droit. Université de Perpignan, 2021. Français. NNT : 2021PERP0023 . tel-03685195

**HAL Id: tel-03685195**

**<https://theses.hal.science/tel-03685195>**

Submitted on 2 Jun 2022

**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.

# THÈSE

Pour obtenir le grade de  
Docteur

Délivré par  
**L'UNIVERSITE DE PERPIGNAN VIA DOMITIA**

Préparée au sein de l'école doctorale  
Inter-Med - ED 544

Et de l'unité de recherche CRESEM - UR 7397  
Axe Normes et Droit comparé

Spécialité : Droit privé

Présentée par M. Soufyane El Mortaja OUKHITI

**Les voies d'une modernisation enfin  
efficace du Code de la famille marocain**

Soutenue le 25 septembre 2021 devant le jury composé de

M. André CABANIS, Professeur, Université de Toulouse 1 Capitole	Rapporteur
M. Salah Eddine MAATOUK, Professeur, Université de Fès (Maroc)	Rapporteur
Mme Evelyne MICOU, MCF HDR, Université de Perpignan	
M. Alban MABA, MCF HDR, Université de Perpignan	
M. Christophe JUHEL, MCF HDR, Université de Perpignan	Directeur

« Nous pouvons [...] affirmer que la législation musulmane [...] pourrait, sans innovation, assurer à la femme musulmane, dans la famille et dans la société, une situation au moins égale à celle de ses sœurs occidentales. Il suffit pour cela que nos législateurs [...] ne s'enferment pas dans les prescriptions des quatre rites orthodoxes [...], la femme mariée [...] souffre actuellement de quatre maux : la polygamie, la répudiation sans procédure, l'insuffisance des motifs lui permettant de demander le divorce judiciaire, le mariage prématuré. »

Abd al-Fattah al-Sayyid

*A la mémoire de mon grand-père et de toutes les personnes de ma famille  
décédées durant ces années d'études*



## Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier mon Professeur encadrant, M. Christophe JUHEL, pour son accompagnement, son temps, sa disponibilité et ses précieux conseils tout au long de la thèse.

J'adresse ensuite mes remerciements aux Professeurs André CABANIS et Salah-Eddine MAATOUK d'avoir accepté d'être rapporteurs de ce travail et de faire partie de son jury de soutenance, et Mme le Professeur Evelyne MICOU, d'avoir accepté de faire partie de ce jury. Je les remercie tous les trois de m'accorder un peu de leurs précieux temps et conseils.

Un grand merci à M. Jean-Claude BERGA pour le temps et l'effort de relecture fourni afin de rendre ce travail meilleur.

Merci à mes parents, ainsi que la famille BERGA pour leurs encouragements au cours de mes années d'études.

Enfin, je remercie les membres de ma famille et ami(e)s pour toute l'aide qu'il m'ont apportée au cours de la rédaction de cette thèse.

Aux femmes qui ont inspiré ce travail je suis également reconnaissant.

## Sommaire

### **Introduction**

#### **Partie 1. Une réforme visant à redéfinir les places de la femme et de l'enfant en droit de la famille marocain**

Chapitre 1. La construction d'un droit moderne de la femme compatible avec la *charia*

Chapitre 2. La mise en œuvre des droits reconnus et à reconnaître à l'enfant

#### **Partie 2. Une réforme supposant la recherche d'un large consensus sociétal**

Chapitre 1. La nécessaire collaboration avec les institutions juridico-religieuses du pays

Chapitre 2. L'évidence de l'implication de la société civile marocaine

### **Conclusion générale**

## Introduction

La Famille est une institution universelle, constitutive de toutes les sociétés humaines. Elle se distingue par sa très grande variabilité spatiale et temporelle. Dans toutes les sociétés humaines, sa structure a connu des modifications profondes au cours des âges. Le modèle le plus répandu aujourd'hui est sans doute « la famille monocellulaire », même si l'on rencontre de multiples types de familles, telles que les familles recomposées, monoparentales ou homoparentales, obéissant quant à elles, aux usages ou normes de telle ou telle société. Par ailleurs, à côté de la famille réduite aux parents adultes et enfants mineurs, existe la famille dite « large », reposant sur des représentations intellectuelles et sociales et des liens affectifs, dont la forme est variable suivant le temps et le lieu<sup>1</sup>.

Toutes les religions, comme toutes les sciences humaines, ont mis la famille au centre de leurs préoccupations, pour y apporter, chaque fois, une réponse singulière aux finalités multiples. Dans la langue française « elle est un ensemble de personnes qui ont des liens de parenté par le sang ou par alliance »<sup>2</sup>. Pour les sociologues, la famille ne peut être limitée à la parenté, elle est le résultat de liens sociaux qui se tissent indépendamment du lien biologique, par exemple les mariages, les adoptions [...] <sup>3</sup>. Pour les anthropologues la famille est définie comme « une institution économique, juridique et sociale [...] unie par des liens légaux, économiques et religieux [...] »<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> MORVAN Anne et VERJUS Anne, *La famille, État des savoirs et sciences sociales*, 2014, p. 10.

<sup>2</sup> <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/famille/32798>

<sup>3</sup> DÉCHAUX Jean-Hugues, *Sociologie de la famille*, La Découverte, 2009, p. 4.

<sup>4</sup> LÉVI-STRAUSS Claude, *Les structures élémentaires de la parenté*, PUF, 1949, rééd., Mouton, La Haye-Paris, 1968.

L'intérêt porté par la religion et le droit à cette institution est dû à son importance considérable dans la mesure où elle participe à la définition des droits et obligations de chacun et ainsi à l'établissement des règles de solidarité entre les individus. Soumise à des enjeux contradictoires, elle fait l'objet d'évolutions plus ou moins spontanées. Ses membres en sont peu conscients, comme le fait remarquer Jean Dupuis à propos des temps préhistoriques : « [...] notre famille conjugale ne pouvait donc pas exister. L'erreur que commettent la plupart de nos contemporains, c'est de projeter notre conception familiale sur le passé préhistorique. Il ne pouvait exister alors que des institutions protofamiliales, c'est-à-dire des groupes très larges, dont la cohésion était assurée seulement par les mères, d'où l'expression de sociétés matrilineaires »<sup>5</sup>.

Dès le début de la vie en société, la religion et ensuite le droit se sont efforcés de codifier la structure familiale issue du fond des âges. Partout, la cosmogonie propre à chaque religion délivre un récit mythologique sur les origines et l'apparition de la famille. Les religions monothéistes s'accordent autour de l'origine divine de cette dernière, et sur son lien avec la création et le couple originel<sup>6</sup>.

De tout temps, dans les sociétés monothéistes, les règles d'organisation familiales sont dictées par la religion, ainsi Dieu ordonna : « soyez féconds, multipliez, remplissez la terre [...] »<sup>7</sup>. De ce fait la famille devient le fondement de la société, au-delà d'une structure informelle de survie telle qu'elle a pu être à l'époque préhistorique ou dans les sociétés quasi contemporaines de chasseurs-cueilleurs caractérisées par une organisation sociale de faible extension.

Qu'elle soit unique ou plurielle, la puissance surnaturelle protectrice de la cité a

---

<sup>5</sup> <https://matricien.org/geo-hist-matriarcat/europe/prehistorique>, cette reconnaissance se justifie alors par la méconnaissance de l'homme du rôle du spermatozoïde dans la conception de l'enfant, cela ne sera réalisé qu'au stade du paléolithique.

<sup>6</sup> « C'est pourquoi l'homme quittera son père et sa mère, et s'attachera à sa femme et ils deviendront une seule chair », La Bible, Genèse 2, 24.

<sup>7</sup> La Bible, Genèse 1, 28.

toujours manifesté son intérêt pour l'institution du mariage. Dans un environnement où le concept même de règle juridique est encore à venir, la famille et ses relations sont placées sous la protection bienveillante ou vengeresse des Dieux<sup>8</sup>. Ce sont les premières règles, ainsi édictées, qui constituent le socle de ce qui est par la suite devenu le droit de la famille, enrichi au cours des âges, par des philosophes, des rois et des juristes.

Ce droit se décline désormais comme « l'ensemble des règles qui à un moment et dans un État, gèrent le statut des personnes [...] ainsi que les rapports que les personnes publiques ou privées entretiennent »<sup>9</sup>, il incorpore l'apport de l'ensemble des sciences humaines pour devenir un droit propre circonscrit à la famille limitée aux personnes liées socialement ou par les liens de sang.

Délaissant l'approche simpliste des premières religions, il se complexifie progressivement en enrichissant le *corpus* des textes qui ont pour finalité d'organiser la cohésion et l'entente entre les membres de la même famille avant d'en réguler les relations avec les personnes tierces qui interagissent avec elle. Mais cet approfondissement se voulait toujours fidèle à la religion, à la morale et justifié par le pragmatisme indispensable à l'élaboration de textes encadrant la vie des personnes.

Ces règles, aussi primitives soient-elles, ont toujours eu pour ambition d'assurer la protection de la famille comme unité sociale. Elles servaient aussi à définir les droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux des individus composant cette entité et les effets des interactions entre ses membres et les personnes qui lui sont extérieures<sup>10</sup>. Ces mêmes règles servirent par la suite à édifier des codes plus complexes et plus précis

---

<sup>8</sup> L'infanticide de Tantale, les noces des Danaïdes ou encore la figure de Lilith dans l'Alphabet de Ben Shira pour les israélites.

<sup>9</sup> <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/droit.php>

<sup>10</sup> La Bible, Genèse 27 : 18-29 ; Genèse 25 ; MASSON Denise, « Versets 37, Sourate XIV (Ibrahim) », *Saint Coran*, Gallimard. Par exemple, à propos de l'exo-intransmissibilité des biens, voir ROULAND Norbert, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1988, 496 p., p. 218, n° 150 ; *Anthropologie juridique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1990, 128 p., p. 26.

selon les lieux et les époques.

Les premières traces de règles relatives à la famille apparaissent dans un *corpus* juridique de portée générale, le Code d'Hammourabi. Sollicité par les divinités<sup>11</sup>, le roi Hammourabi aurait constitué ce recueil de sentences pour compléter les normes en vigueur, de nature coutumière et religieuses. Il visait notamment à adoucir les excès de cruauté, contrôler certaines pratiques pour assurer le respect de l'ordre public et rendre la justice plus équitable. Ce code organise la vie sociale de la famille tout autant que la fonction judiciaire<sup>12</sup>. Il apparaît que le monarque babylonien a tantôt rendu les sentences lui-même, tantôt délégué ses prérogatives judiciaires à des juges dont il a organisé l'office.

Ce droit nouveau concernait tous les aspects de la vie familiale à Babylone, depuis sa création jusqu'à sa dissolution<sup>13</sup>. Dans la mesure où ces sentences s'inspiraient surtout des pratiques des peuples de la région, la question de la polygamie y était traitée, ainsi que le concubinage et les modalités selon lesquelles devaient s'organiser les relations entre l'épouse légitime et les concubines<sup>14</sup>. Les questions de la filiation et de la succession y avaient également leur place dans le cadre d'une organisation plus générale des droits et obligations des enfants et des parents.

Bien qu'il s'intéresse avant tout à la famille et à son épanouissement, Hammourabi n'a pas pour autant délaissé le volet pénal du droit de la famille. Même si la décision émanait d'une instance humaine, c'étaient les dieux qui punissaient ou

---

<sup>11</sup> « [...] Ensuite Anou et Enlil, m'ont appelé par mon nom Hammourabi [...] afin d'apporter les règles de droit dans le pays », Code d'Hammourabi daté à 1750 av. J.-C.

<sup>12</sup> Article 5 du Code d'Hammourabi : « Lorsqu'un juge rend sa décision et la formule par écrit, si ultérieurement il apparaît une erreur dans cette décision, par sa seule faute, alors il paiera douze fois l'amende par lui énoncée dans l'affaire, et il sera publiquement privé de son siège de juge et ne pourra plus jamais l'occuper pour rendre justice ».

<sup>13</sup> CUQ Édouard, *Le mariage à Babylone d'après les lois d'Hammourabi*, Librairie Victor Lecoffe, 1905, p. 1-18.

<sup>14</sup> COLLINE Paul, « Droit Babylonien, droit assyrien, droit hittite », *Journal des savants*, n° 1, 1932 p. 68-81 [Consulté le 14 janvier 2021].

épargnaient la femme adultère par la voie de l'ordalie. Les violences sexuelles telles que le viol y étaient punies en prenant en considération la victime<sup>15</sup> alors que l'inceste n'était sanctionné que dans certains cas dans la mesure où la sanction de ce crime était réservée aux dieux<sup>16</sup>.

Selon ce code, le monarque jouissait d'un pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Lui seul pouvait être saisi en dernier ressort tandis que les juges ordinaires rendaient leurs décisions au nom du roi sans réelle possibilité d'interprétation ou d'adaptation de la loi. Cette logique qui mêle inspiration divine et intervention du pouvoir séculier s'est ensuite répandue parmi les sociétés orientales.

Les Perses achéménides sous Darius Ier étaient soumis à leur propre droit inspiré par Ahura Mazda. Ainsi le « *Datu sa sarri* » ou la « loi du Roi » avait pour objectif d'unifier le droit régional et le moraliser, en le soumettant aux critères d'équité et de justice de l'époque<sup>17</sup>. Ce droit, imposé aux populations et appliqué avec le concours des juges, tirait avant tout sa légitimité de son inspiration divine visant à instaurer l'harmonie sur terre.

Ces principes d'organisation juridique continuèrent à s'imposer en fonction des usages régionaux et des civilisations. Les anciens Égyptiens légitimèrent leur législation par une origine divine. Ils l'adaptèrent à leur structure sociale où la famille avait une importance particulière, tout en tolérant la polygamie et le mariage entre proches parents. Cela s'expliquait par la place que l'inceste avait, qui est due à son rôle dans la religion de l'empire. Leur législation s'intéressait à la place que la femme occupait au sein de la famille et de la société qui était assez libérale par comparaison avec les pratiques des autres sociétés et civilisations de la même époque. Comme toutes les autres civilisations orientales, l'Égypte antique s'était dotée d'un corps de

---

<sup>15</sup> Article 130 du Code d'Hammourabi.

<sup>16</sup> Articles 154 et suivants du Code d'Hammourabi.

<sup>17</sup> **DEMARE-LAFONT** Sophie, « *Datu sa sarri*. La « loi du roi » dans la Babylonie achéménide et séleucide », *Droit et culture*, février 2006, p. 13-26.

juges afin de régler, entre autres, tout différend familial dans la société<sup>18</sup>.

Emboitant le pas aux babyloniens et perses, Pharaon était le grand de l'application de la loi. Ce pouvoir il le tenait avant tout de Osiris en personne, continuant ainsi l'œuvre de justice sociale de ces ancêtres. La prorogative de justice pharaonique était déléguée à des magistrats, qui ce devait avant tout de rendre une justice équitable, morale et sans ressentiment, allant même à désobéir au monarque comme le fait remarquer Plutarque<sup>19</sup>.

À son tour, le dogme monothéiste primitif établit des normes visant l'organisation de la famille. Le bannissement du jardin d'Éden constitue, dans le récit biblique, le point de départ d'un certain nombre d'interrogations en rapport avec la famille : à savoir l'inceste<sup>20</sup>, la polygamie, les successions<sup>21</sup> ou encore la condamnation de toute pratique portant atteinte à la famille<sup>22</sup>. Contrairement aux croyances répandues à l'époque de son apparition, la religion monothéiste ne considère pas les liens qui se tissent au sein de la famille comme une bénédiction ou une punition<sup>23</sup>.

En rupture complète avec le mysticisme imprégnant les solutions des juridictions orientales, le droit de la famille en occident et plus précisément à Athènes était avant tout soumis à un consensus collectif sans aucune trace d'intervention

---

<sup>18</sup> MORET Alexandre, « Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Égypte », *Journal des savants*, 3, mai- juin 1935, p. 97-106.

<sup>19</sup> OLLIVIER-BEAUREGARD Gratien Michel, « La justice et les tribunaux dans l'ancienne Égypte », *Bulletins et Mémoires de la société d'anthropologie de Paris*, IV<sup>o</sup> Série, Tome 1, 1890, pp. 716-735 [Consulté 02/06/2021].

<sup>20</sup> « Dieu inspira l'idée à Adam de marier chacun des deux frères avec la jumelle de l'autre. », SILIO-GRANDI Ida, « La figure de Caïn dans le Coran », *Revue de l'histoire des religions*, PUF, 1999, p. 31-85.

<sup>21</sup> Ainsi l'histoire d'Abraham avec ses deux femmes Agar et Sara, Jacobs et ses femmes ou la question de succession avec Jacob et ses enfants.

<sup>22</sup> Le récit de Onan et son refus d'accorder une descendance à son frère en détruisant sa semence, La Bible, Genèse 38 : 9-10.

<sup>23</sup> Voir à ce propos, dans la mythologie grecque, le mariage de Pandore.



divine. C'était surtout la coutume misogyne qui organisait la vie en famille, la pratique du mariage ou du concubinage<sup>24</sup> et plus généralement définissait la place de la femme au sein de la société comme en témoigne Xénophon : « [...] La divinité, a d'avance approprié, selon moi la nature de la femme aux travaux et soins de l'intérieur et celle de l'homme aux travaux du dehors »<sup>25</sup>. Ce parti pris radical doit toutefois être nuancé car la femme à Sparte connaissait un meilleur sort qu'à Athènes par exemple<sup>26</sup>.

Contrairement au pouvoir autocratique qui s'exerçait dans les empires orientaux, l'État n'avait aucun pouvoir sur la vie des Grecs, notamment des Athéniens, ce qui poussa un certain nombre de philosophes tel que Platon à recommander son intervention dans la sphère privée de la famille. Sur le modèle de Sparte, il préconisa la supervision des mariages par l'État, la punition du célibat ou encore la fixation d'un âge minimum pour le mariage<sup>27</sup>. Il imaginait pouvoir préserver les hommes formant l'élite de sa cité idéale des deux dangers que constituent la famille et l'héritage en organisant une vie communautaire des femmes et des enfants et en leur interdisant la propriété privée<sup>28</sup>.

Cette position fut critiquée par Aristote qui, contrairement à Platon, considérait la famille comme consubstantielle de la nature même de l'homme, « animal social », mettait l'accent sur son rôle dans la fondation de l'État<sup>29</sup>, ce qui conduisait à décompter les esclaves en tant que membres de celle-ci, non pas comme des étrangers

---

<sup>24</sup> ROUSSEL Pierre, « La famille athénienne », Bulletin de l'association Guillaume Budé : Lettre d'Humanité, n° 9, 1950, p 5-59.

<sup>25</sup> XÉNOPHON, *Œuvres Complètes*, Hachette, tome 1, 1856, p. 156.

<sup>26</sup> PLUTARQUE, *Apophtegmes Laconiens in Moralia*, Lefèvre, Paris, tome 6, 1844, p. 530.

<sup>27</sup> Lire PLATON, « Les lois », *Œuvre de Platon*, tome VII, Paris.

<sup>28</sup> Il finit cependant par admettre la propriété viagère comme Sparte l'avait fait. TOUCHARD Jean, *Histoire des idées politiques, tome 1 : Des origines au XVIII<sup>e</sup> siècle*, PUF, coll. « Thémis », 10<sup>e</sup> éd., 1991, p. 35-36.

<sup>29</sup> ARISTOTE, *Politique*, Paris, Ladrance, 1874, I, II, p. 5.

comme le faisaient d'autres civilisations<sup>30</sup>.

Il semble donc que le débat relatif à la famille a commencé, en Occident, à partir du moment où l'homme s'est interrogé sur la place de l'État dans la gestion de la vie des individus et par extension de la famille. Même si, sur le fond, le débat public à Athènes n'a pas grandement modifié la place de la femme ou de l'enfant dans la structure familiale et étatique, il est intéressant de remarquer la rémanence multiséculaire des questions qui surgissent aujourd'hui dans un certain nombre de pays à propos des rôles respectifs de l'État et de la famille, avec évidemment des glissements sémantiques induits par l'évolution des idées et des contextes.

L'approche démocratique (au sens antique) des Grecs s'est aussi concrétisée dans la façon de choisir les juges. Contrairement aux empires orientaux où les juges étaient des fonctionnaires nommés et agissant au nom du roi, la justice en Grèce était populaire et démocratique, ainsi tout homme libre pouvait prétendre au rôle de magistrat et prononcer des jugements populaires et collectifs<sup>31</sup>, ce rôle était avant tout un honneur et un devoir citoyen.

Alors que la philosophie se développait en Occident et le pouvoir autocratique régnait en Orient et dans les zones limitrophes des empires orientaux, le Moyen-Orient connaissait une évolution propre. La Bible fait le récit de la décision divine d'intervenir dans les affaires des hommes par l'intermédiaire de ses envoyés. Le droit primitif que connaissait le peuple de Canaan laisse place à des commandements dictés par Dieu lui-même. Les « Tables de la loi » deviennent le premier code intégralement

---

<sup>30</sup> **DERMANGE** François, « L'État et la famille : les liaisons dangereuses », *Études Théologiques et Religieuses*, tome 81, avril 2006, p. 485-502.

<sup>31</sup> L'Héliée se compose de 6000 citoyens de plus de trente ans tirés au sort parmi les volontaires pour une année. Pour faire face à la croissance du nombre d'affaires, elle fut divisée en une dizaine de cours de 501 membres. Chaque cour ou *dikasterion* juge sans appel et sans révision dans la mesure où il représente le peuple. **ELLUL** Jacques, *Histoire des institutions*, PUF, coll. « Thémis », Tome 1-2 : *L'Antiquité*, 8<sup>e</sup> éd., 1992, p. 113-137 ; **HUMBERT** Michel, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, coll. « Précis », 7<sup>e</sup> éd., 1999, n° 164-166 et **GAUDEMET** Jean, *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, coll. « Domat », 6<sup>e</sup> éd., 2000, p. 84-85.

religieux, contrairement à l'usage régional qui était que le monarque prenne l'initiative de regrouper les coutumes locales ou ses sentences judiciaires dans un *corpus* unitaire imposé aux sujets de son royaume.

Les Tables de la loi façonnent une vision originale de la famille. Elles font de la famille le cadre reconnu de la vie sexuelle autorisée<sup>32</sup>. C'est durant l'exode et l'errance du peuple juif que les éléments du droit de la famille ont été mis en place. Le livre des nombres, le Lévitique et le Deutéronome s'intéressent au mariage sous toutes ses formes, aux relations illicites comme l'homosexualité et l'inceste et à l'héritage. Ce dernier, qui avec le temps et pour les besoins de la société hébraïque se transforme : d'une simple bénédiction faite par le père à ses enfants<sup>33</sup> il devient un véritable droit codifié des successions. Le seul vestige du droit primitif demeurant alors est le lévirat qui reste toléré et sanctionné par la loi<sup>34</sup>.

La mise en place d'un nouveau droit s'est accompagnée de la mise en place d'un corps de juges. A cet égard, l'injonction biblique prenait cette forme : « Tu établiras des juges et des magistrats dans toutes les villes [...] et ils jugeront le peuple avec justice »<sup>35</sup>. La mise en place de tels tribunaux a sans nul doute participé à l'évolution du droit hébraïque en donnant naissance à deux corps de juges distincts : les rabbins qui interprètent la loi et les textes hébraïques et les *posseqs* qui accomplissent un travail d'exégèse afin de répondre aux nouvelles questions ignorées par le *Beth Din*<sup>36</sup>.

Cette double approche a en effet permis au droit hébraïque de s'adapter aux évolutions de la société et de la famille israélites, et d'aboutir à la *Halakha*<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> La Bible, Exode 20 :14, 20 :17.

<sup>33</sup> La Bible, Genèse, 38 :8.

<sup>34</sup> La Bible, Deutéronome 25 : 5-10.

<sup>35</sup> La Bible, Deutéronome 16 :18

<sup>36</sup> Tribunal religieux hébraïque.

<sup>37</sup> Il s'agit de l'ensemble des lois, sentences et prescriptions religieuses, qui règlent la vie quotidienne

contemporaine en vigueur dans les communautés de religion juive de par le monde ainsi qu'en Israël.

Parallèlement à l'avènement du droit d'inspiration religieuse en Orient, l'Occident a poursuivi son entreprise de rationalisation du droit. La Rome antique, dans la lignée de la civilisation grecque, a procédé à l'élaboration progressive d'un droit répondant à l'ensemble des besoins sociaux.

Dans le monde romain, la famille a connu une mutation symptomatique des transformations qui ont bouleversé la société romaine tout entière, en particulier sur le plan juridique. Elle fut soumise à l'origine à un droit d'essence coutumière et religieuse, composé du *fas*, un terme qui désigne ce que les dieux ont dit ou autorisé, et le *mos majorum* ou les *mores*, c'est-à-dire ce qui se perpétue depuis toujours : les coutumes ou les mœurs des anciens. Elle a ensuite suivi les évolutions économiques et sociales de cette communauté paysanne qui est devenue une république commerçante et colonisatrice où un droit légiféré par les hommes, le *jus*<sup>38</sup>, a pris une ampleur croissante pour devenir la seule source du droit lorsque la conquête d'un empire territorial immense a conduit à l'instauration d'un régime de type monarchique.

Si les assemblées populaires de la République ont peu usé de leur pouvoir législatif en matière familiale, tel ne fut pas le cas de l'Empereur qui en usa de plus en plus largement pour tenter de remédier à tous les maux dont souffrait la société romaine. Ainsi, un droit civil humain est venu supplanter le droit religieux ou inspiré par les divinités traditionnelles romaines.

Aux temps les plus reculés, le modèle familial dominant était la *gens*, concept qui repose sur le lien d'un certain nombre de personnes avec un ancêtre commun<sup>39</sup>. Ce premier modèle social était naturellement fondé sur une sorte de lien tribal, se

---

des Juifs.

<sup>38</sup> SCHIAVONE Aldo, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Belin, 2011.

<sup>39</sup> SCHMIDLIN Bruno, *Droit privé romain I*, Bruylant, 2008, p. 109.

caractérisant par le culte rendu aux mêmes ancêtres. Cette famille large est la forme la plus primitive de structure qu'ont connu les Romains, apparue aux temps où les populations vivant côte à côte sur les sept collines de la future Rome formaient de petites communautés agraires<sup>40</sup> et qui perdit peu à peu de son emprise au fur et à mesure de la montée en puissance des institutions urbaines et républicaines.

En témoigne la Loi des XII Tables, adoptée vers - 450, premier monument juridique de l'Histoire romaine, notamment parce qu'il constitue le premier texte législatif et laïque en Occident, et qui révèle déjà une évolution sensible de la notion de la famille. Tout en conservant le lien de sang comme un élément constitutif de la famille romaine (le *cognat*), une certaine attention y est accordée à la famille élargie. La famille ne repose plus sur l'ancêtre commun, mais sur la puissance paternelle, celle de l'*agnat*<sup>41</sup>. Cette perception rappelle la conception aristotélicienne de la famille, reposant sur la maison ou *oikos* qui regroupait non seulement des membres liés par le sang ou l'alliance, mais aussi ceux qui l'étaient par des liens de dépendance tels que les esclaves.

Cette approche a servi de fondement aux autres règles du droit romain de la famille. Elle a fait de la famille une entité entièrement placée sous l'autorité de la *patria potestas*, la puissance paternelle. Ce principe de pouvoir absolu régissait les rapports de tous les membres de la famille, les *alieni juris*<sup>42</sup>, avec le *pater familias*<sup>43</sup> qui était le seul *sui juris*<sup>44</sup>. Le mariage était un moyen de création de ce lien, toute nouvelle mariée entrait sous la tutelle du chef de famille. Le mariage, le divorce et les

---

<sup>40</sup> **HAMDOUNE** Christine, « Gens, Gentes, Gentiles », *Encyclopédie berbère*, 1998, p. 3045-3052.

<sup>41</sup> **BAYET** Jean, « Paul-Frédéric Girard, La Loi des XII Tables (leçons faites à l'université de Londres, en mai 1913) », *Compte-rendu, Journal des Savants*, octobre 1915, p. 475-477.

<sup>42</sup> Juridiquement dépendants d'un autre. Ils n'ont ni droits ni obligations, ni patrimoine, ne peuvent agir en justice car ils doivent être représentés.

<sup>43</sup> **RIVIER** Alphonse, *Précis du droit de la famille romaine*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1891.

<sup>44</sup> Juridiquement dépendant de lui-même. Il est le seul de la famille à disposer de droits et obligations, à disposer d'un patrimoine et à pouvoir agir en justice. Il représente les *alieni juris* dépendants de lui.

successions étaient dominés par cet immense pouvoir du père, qui ne prenait fin qu'avec sa mort, le mariage de sa fille ou l'acte d'émancipation de l'enfant (*emancipatio*).

Dans ce système, comme cela se pratiquait en Orient où les juges ou les prêtres n'étaient que des exécuteurs de la loi royale ou divine, les juges romains n'étaient en charge que de l'application de la loi désignée par le magistrat les ayant investis de cette mission. Ce sont les magistrats romains qui ont su « avec une largeur et une audace à peu près sans exemple »<sup>45</sup> régler au cas par cas les nouveaux litiges dont ils étaient saisis pour indiquer aux juges la manière de les trancher grâce à un petit « programme ». Ces magistrats, connus sous le nom de préteurs, ont ainsi pu répondre à tous les besoins nouveaux des citoyens, comme le révèle le Prince des jurisconsultes Papinien selon qui « le droit prétorien est la loi introduite par les préteurs pour compléter ou corriger le droit civil pour le bénéfice du public ».

Ce pouvoir lui permettait de créer de nouvelles actions judiciaires et par là de reconnaître de nouveaux droits aux plaideurs sans pour autant modifier la loi<sup>46</sup>. Les édits promulgués par les préteurs à leur entrée en fonction, c'est-à-dire chaque année, permettaient aux citoyens de comprendre quelle interprétation de la loi serait faite pendant un an.

À cette époque, les préteurs bénéficiaient des lumières d'un autre personnage juridique qui joua un rôle d'importance dans l'étoffement du corpus législatif : le jurisconsulte qui était également jurisprudent. Menant une réflexion « prudente » ou sage sur l'interprétation à donner à la loi il donnait des consultations, participant ainsi à la fois à la réflexion fondamentale sur le droit, c'est-à-dire à l'effort doctrinal, mais aussi à la vie juridique, judiciaire et législative de sa cité puisqu'il conseillait le préteur dans l'élaboration de ses formules judiciaires.

---

<sup>45</sup> BAYET Jean, *op.cit.*

<sup>46</sup> SCHMIDLIN Bruno, *op.cit.*, p. 29.

Face à ces acteurs du droit romain, le législateur républicain a quant à lui fait en sorte de faire évoluer la législation en vigueur, œuvrant dans la continuité de la Loi des XII Tables qui était la première loi commune aux Patriciens et Plébéiens. C'est ainsi que la loi *Canuleia*, adoptée à l'initiative d'un tribun de la plèbe en – 445, leva par exemple l'interdiction des mariages mixtes, ceux célébrés entre les membres de ces deux classes sociales.

C'est ensuite Auguste qui, au tout début de l'Empire, en – 18, entreprit de restaurer l'ordre familial. Il adopta notamment la loi *Julia de maritandis ordinibus* visant à encourager le mariage et la procréation qui interdit au père d'intervenir dans le mariage de ses enfants, accorda des privilèges aux personnes mariées ayant des enfants et frappa les célibataires d'incapacités. Plus tard, sous l'influence du christianisme, l'infanticide est interdit par Constantin<sup>47</sup> avant que l'homicide d'un enfant ne soit érigé en homicide de même que l'exposition d'enfant par l'empereur Valentinien 1<sup>er</sup> en 374<sup>48</sup>.

Ces interventions impériales sont révélatrices du glissement du pouvoir créateur de droit. En effet, dès les premières décennies du II<sup>e</sup> siècle l'activité intellectuelle des préteurs s'arrêta. Le jurisconsulte Salvius Julien adopta en 130 l'*edictum perpetuum*, version définitive de l'édit du préteur, qui mit fin à toute innovation prétorienne en fixant définitivement son contenu<sup>49</sup>.

L'inflation législative consécutive aux incessantes interventions impériales en matière familiale (comme dans toutes les autres matières) rendirent la plupart des dispositions de la Loi des XII Tables caduques et nécessaire une codification d'ensemble. Le premier corpus, le Code théodosien, promulgué en 438, fut remplacé

---

<sup>47</sup> **DUCOS** Michèle, *Rome et le droit*, le livre de poche, 1996, p. 53.

<sup>48</sup> Code Justinien, IX, 16, 7 ; Code théodosien, V, 9, 17 ; **ALLELY** Annie, « Les enfants handicapés, infirmes et malformés à Rome et dans l'Empire romain pendant l'Antiquité tardive », *Pallas. Revue d'études antiques*, n° 106, 2018, p. 197-211.

<sup>49</sup> **ROBAYE** René, *Le droit romain*, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd., 2005, p. 44.

moins d'un siècle plus tard par le premier élément de la compilation réalisée à l'initiative de l'empereur Justinien au VI<sup>e</sup> siècle. Connu comme le *Corpus iuris civilis*, il synthétise tout le droit romain en vigueur que cet empereur désire appliquer à un empire territorial reconstitué. Malgré la modernisation de la loi et l'apport du christianisme, cette législation gardait la trace de la Loi des XII Tables, notamment pour le testament *ab intestat*<sup>50</sup>.

Renforçant l'emprise de la justice civile et impériale, l'essor du christianisme a aussi conduit à la mise en place de tribunaux ecclésiastiques. Ce tribunal tire sa légitimité des paroles de Saint Paul : « Quoi, il y en a parmi vous qui, ayant un différend avec un autre, osent aller en jugement devant les injustes et non devant les saints ! [...] Quand donc vous avez un jugement à faire rendre sur les affaires de cette vie, établissez pour les juger ceux qui sont les moins considérés dans l'église »<sup>51</sup>. Ces tribunaux étendirent leur compétence lorsque par une constitution de 318 l'empereur Constantin interdit aux juges séculiers de connaître des affaires opposant des litigants ayant choisi de s'en remettre aux ministres de la religion chrétienne<sup>52</sup>.

La christianisation des peuples païens et le pouvoir accru de l'Église influencèrent notablement le droit en Occident. L'Église essaya d'imposer un droit moral et vertueux en s'inspirant des écrits de la Bible, décidant qu'« aucune coutume contraire au droit divin ne peut obtenir force de loi » et « ne peut non plus obtenir force de loi, à moins qu'elle ne soit raisonnable la coutume contraire au droit canonique ou qui est en dehors de lui [...] »<sup>53</sup>. Tout comme le Judaïsme auparavant ou l'Islam ensuite, l'Église chrétienne essaya de promouvoir les bonnes coutumes et de

---

<sup>50</sup> BAYET Jean, *op.cit.*

<sup>51</sup> La Bible, Épître de St Paul aux Corinthiens, 6 :1-4.

<sup>52</sup> BEAUCHET Ludovic, « Origines de la juridiction ecclésiastique et son développement en France jusqu'au XII<sup>e</sup> siècle », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 7, 1883, p. 387-477; GAULMYN Isabelle, « Les tribunaux ecclésiastiques », *La Croix*, janvier 2010.

<sup>53</sup> Ce sont là des dispositions relatives à la coutume intégrées dans le Code droit canonique de 1917 dans un titre consacré à la coutume, canon 24 § 1 et 2, qui est resté en vigueur jusqu'en 1983 et qui ont été reprises dans le Code de droit canonique de 1983. SERIAUX Alain, *Droit canonique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996, p. 21 et s.



bannir les mauvaises, commençant son œuvre réformatrice par le fondement de la société que constitue la famille.

Cette vision de la famille puisa son inspiration dans les enseignements de Saint Paul qui voyait dans le mariage une démarche plus spirituelle que charnelle. Grâce au parallèle dressé entre les relations unissant l'Église avec Dieu et la femme avec son époux, l'obéissance de la femme envers son époux est devenue l'un des piliers du mariage chrétien<sup>54</sup>. Par la même occasion, l'Église mit fin aux divers modes de dissolution du mariage que connaissaient les Romains, c'est-à-dire la répudiation et le divorce par consentement mutuel. Cette mutation juridique fut d'une ampleur similaire à celle qui se produisit dans la péninsule arabique sous l'influence de l'Islam.

En effet, le droit occidental ne fut pas le seul à subir l'influence de la religion à cette époque. L'Orient connut lui aussi un retour de la religion parmi les sources du droit, comme les Hébreux l'avaient vécu par le passé. L'exil des Musulmans vers Médine, sous la gouvernance de Mohamed prophète de l'Islam, annonça de grands changements géopolitiques en Arabie. Une nouvelle dynamique juridique s'installa, afin de doter cette société naissante d'un droit<sup>55</sup> propre.

Aux traditions locales furent substituées les règles édictées par le Coran. Il permit ainsi de rompre avec les pratiques préislamiques dont certaines étaient désormais jugées immorales. Le Coran élaborait un nouveau modèle familial, qui tout en respectant le modèle bédouin de la famille, y introduisit son idéal vertueux. L'Islam, tout en condamnant certains usages de l'époque, ne remit pas en question les fondements de la société patriarcale au sein de laquelle fut accueillie la parole du Prophète.

---

<sup>54</sup> « Femmes soyez soumises à vos maris, comme au seigneur, car le mari est le chef de la femme comme Christ est le chef de l'Église », *La Bible*, Éphésiens 5 :22-23.

<sup>55</sup> La conception du « droit musulman » adoptée à Médine diffère largement du droit musulman dans sa conception actuelle.

Ce droit casuistique visait à répondre à toutes les questions touchant la famille. Il réglementait le mariage et le divorce, proscrivait l'infanticide, établit les règles de la filiation, limita la polygamie et permit aux femmes d'avoir une part d'héritage. Mohamed devint, outre son rôle de rapporteur de la parole divine, législateur, juge, et interprète de cette loi, assurant de la sorte la promotion d'un modèle familial et social original.

La transformation de Médine en centre névralgique d'un vaste territoire, le début des missions de prêche des musulmans dans des régions de plus en plus éloignées poussa Mohamed à déléguer l'exercice de la magistrature à ses compagnons, leur octroyant une certaine liberté d'interprétation dans le respect des buts de l'Islam et du modèle social prôné par ce dernier.

L'arrêt de la révélation en 632 du fait de la mort du Prophète conduisit à recourir aux califes, ainsi qu'à des sages qui les entouraient, au raisonnement analogique (le *qiyass*) et à un effort de réflexion (*l'ijtihad*) afin d'apporter des réponses aux questions qui leur étaient soumises. Par exemple, le calife Omar suspendit la peine du vol après plusieurs années de disette ou encore autorisa la reconnaissance de paternité des enfants naturels en l'absence de conflit entre les parties concernées. Ainsi le caractère casuistique et pragmatique de ce droit d'inspiration religieuse, lui permit de s'adapter aux lieu et temps de son application.

Ce caractère est devenu plus évident après le conflit politico-religieux opposant Sunnites et Chiites, mais aussi l'accroissement, lié à son extension, de la diversité des coutumes présentes sur le territoire de l'empire arabo-musulman, et enfin de la découverte de la philosophie gréco-byzantine par les élites musulmanes. Ces événements et caractéristiques nouvelles insufflèrent à ce droit une nouvelle dynamique initiée grâce au travail des juristes et variant selon leurs écoles intellectuelles ou leurs rites religieux<sup>56</sup>. Outre les sources majeures de ce droit que sont

---

<sup>56</sup> BLANC François-Paul, *Le droit musulman*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2007, p. 32.

le Coran, la *Sunna*, l'*Ijtihad* et l'*Ijma*, d'autres sources mineures apparurent et s'y ajoutèrent selon des configurations propres à chaque école comme l'opinion personnelle ou *istihsan* (la préférence), la prise en considération de l'intérêt général ou *istislah*, voire l'*urf* ou coutume.

Au côté de l'acharisme (le courant majoritaire aujourd'hui), c'est surtout le mutualisme qui influença le *fiqh* musulman. Leurs conceptions de la bonté divine a permis de rationaliser *ilm al kalam*<sup>57</sup>, c'est ainsi que la notion du Coran incarnée et les deux révélations à savoir une divine et l'autre prophétique, permettait pour eux d'établir un idéal de justice, qui continu à questionner la société musulmane sunnite aujourd'hui<sup>58</sup>.

Au centre de ce maelström juridique, la famille ne demeurait pas en retrait. Les travaux des docteurs musulmans, selon leurs rites et leurs écoles au sein de ceux-ci, eurent des répercussions différentes sur le droit. C'est ainsi par exemple que les *chiites* reconnaissent le mariage dit de *mutaâ* ou temporaire alors que les sunnites ne reconnaissent qu'une forme de mariage classique, c'est-à-dire conclu pour une durée indéterminée. Les modes de preuve de la filiation n'ont pas la même puissance dans chaque rite. Pour les Hanéfites, dès qu'il y a mariage, la filiation est établie alors que pour les Malékites il faut qu'il y ait une preuve de la consommation du mariage. Les rites et écoles juridiques se sont efforcées de s'adapter au mieux à leurs régions d'accueil afin de répondre aux besoins juridiques spécifiques des populations qui s'y étaient établies.

C'est de cette époque que l'on peut dater l'apparition du corps des juges dans le monde arabo-musulman. Compte tenu de la nature de leurs fonctions, ils étaient nommés par les gouverneurs des *amsar* (régions) durant l'époque des Omeyyades.

---

<sup>57</sup> Théologie.

<sup>58</sup> Beaucoup de Théologiens, d'intellectuels aujourd'hui défendent la thèse que ce qui confère à l'islam son universalité c'est les idées défendues et non la manière ; BLEUCHOT Hervé, « Chapitre V. Les fondements du droit musulman », *Droit musulman : Tome 1 : Histoire. Tome 2 : Fondements, culte, droit public et mixte*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, pp. 437-475.

Cette décentralisation de la nomination était avant tout la conséquence de la nature accessoire de leurs attributions. Considéré comme un « secrétaire légal », le *cadi* n'avait pas de réel pouvoir juridique<sup>59</sup> car la justice était provinciale et, comme durant l'ère byzantine, le gouverneur était *de facto cadi*<sup>60</sup>.

La chute des Omeyyades et la prise de pouvoir des Abbassides mirent fin à la décentralisation la justice. La reprise du modèle administratif sassanide conduisit graduellement à la centralisation des nominations. Les juges dépendaient alors directement du calife, même si cela reste à nuancer car en pratique leurs nominations n'étaient centralisées que lorsque le pouvoir central était fort<sup>61</sup>. L'intention de centraliser le contrôle de la justice finit par se concrétiser par la création de la fonction de *Cadi al Cudat*, juge suprême à qui fut déléguée par *Haroun-Rashid* la tâche de superviser les juges des provinces ainsi que leur nomination<sup>62</sup>.

C'est à cette époque aussi que se posa une question essentielle relative à la fonction des juges : au nom de qui rendent-ils la justice ? La réponse est cependant demeurée ambiguë. Certes la délégation du pouvoir judiciaire au *cadi* créait une relation bilatérale avec le pouvoir central qui conservait un pouvoir de contrôle sur l'activité de ce juge<sup>63</sup>. Mais cette relation se trouvait perturbée par Dieu, car le juge était aussi amené à veiller à ce que les projets de Dieu sur terre s'accomplissent, d'où son appellation de *cadi*<sup>64</sup>. Sur cette base, il fallait considérer que les décisions juridiques avaient pour finalité première la réalisation de la volonté divine. Ainsi l'intervention du juge dans les questions relatives aux successions se basait désormais

---

<sup>59</sup> **TILLIER** Mathieu, « De la Mecque aux amsar : l'origine du cadi », *Les cadis d'Iraq et l'État abbasside* (132/750-334/945), Presses de l'Ifpo, Damas, 2009, p. 63-96.

<sup>60</sup> *ibid.*

<sup>61</sup> *ibid.*

<sup>62</sup> *ibid.*

<sup>63</sup> *ibid.*

<sup>64</sup> Ce titre renvoie à la notion du *Cada'a*, qui n'est nullement la justice, mais qui est davantage liée aux desseins de Dieu et sa volonté sur terre.

sur la sagesse divine dans la répartition des biens<sup>65</sup>. Ainsi l'autorité de l'État qui était en pleine construction sous l'empire omeyyade souffrit de lacunes car elle ne pouvait en réalité exercer aucun pouvoir de directive sur le travail judiciaire.

Cette disparité entre l'ambition d'un État central fort et la pratique d'une justice aux contours aléatoires et flous, poussèrent l'État à repenser la centralisation de la justice. *Ibn Al Muqaffa*<sup>66</sup> *katib* (secrétaire) de *Al Mansur*<sup>67</sup>, proposa à ce dernier d'intervenir en sa qualité de calife, donc de vicaire de Dieu sur Terre dans l'élaboration du droit. Le but était de mettre fin aux prises de position hétérogènes des juges qui rendaient la justice en suivant leurs intuitions personnelles dictées par les différentes écoles doctrinales<sup>68</sup>.

Mais cette réforme ne fut jamais mise en œuvre par les Abbassides qui se contentèrent de nommer des juges défendant leur politique et leurs positionnements doctrinaux<sup>69</sup>. Ce n'était là qu'une manière de répondre partiellement à un problème plus profond, qui prit une forme aigüe à la fin de la vie de l'empire.

Simultanément au développement du droit de la famille dans l'empire arabo-musulman, le droit de la famille connaissait lui aussi dans le monde chrétien un grand nombre de remaniements afin de le conformer au mieux avec la doctrine religieuse.

La prépondérance prise par la conception chrétienne du mariage s'explique par les bouleversements qu'a connu l'Occident avec l'effondrement de la *pars occidentalis* de l'Empire romain à la fin du V<sup>e</sup> siècle marquée par la chute de Rome en 476 et l'occupation de l'Europe occidentale par les peuples germaniques, notamment

---

<sup>65</sup> TILLIER Mathieu, *op.cit.*

<sup>66</sup> Abdallah Ibn al-Muqaffa est un secrétaire de l'administration omeyyade puis abbasside, célèbre littérateur perse et premier grand prosateur de langue arabe.

<sup>67</sup> Abû Ja'far al-Mansûr `Abd Allah ben Muhammad al-Imâm, surnommé Al-Mansûr, né en 714 et mort en 775, est le second calife abbasside.

<sup>68</sup> TILLIER Mathieu, *op.cit.*

<sup>69</sup> *Ibid.*

les Francs, qui provoquèrent un recul de civilisation, notamment en matière juridique, puisqu'ils pratiquaient un droit de nature coutumière.

L'Eglise chrétienne ayant réussi à se maintenir, sut s'allier aux nouveaux occupants des lieux, et réussit à influencer les usages germaniques tout comme le droit romain qui fut conservé au titre de loi personnelle par les gallo-Romains et l'Eglise elle-même. Les interactions entre les coutumes barbares et les droits romain et canon furent nombreuses et permirent une adaptation progressive des mœurs et usages germaniques au dogme chrétien.

En 755, il fut décidé au concile de Ver, synode organisé par le roi Pepin le Bref, de la distinction de l'union légitime chrétienne (*legitimum coniugium*) de toute autre forme de mariage jugée contraire au dogme chrétien<sup>70</sup> tandis qu'au quatrième concile de Latran de 1215 est aboli le mariage arrangé au profit du mariage consenti car *consensus facit nuptias*<sup>71</sup>.

Ce processus conforte progressivement le caractère sacré du mariage, dont la finalité unique est la procréation et dans lequel le plaisir charnel est ignoré sinon absent, comme en témoignent les paroles de Saint Thomas d'Aquin, faisant de l'enfant le fruit exclusif de la volonté divine : « *Non est parentis sed ipsius dei* »<sup>72</sup>.

Cette montée en puissance du droit chrétien est révélatrice de la diversité juridique régnant à l'époque. La nature essentiellement coutumière du droit pratiqué en Occident du V<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècle n'a en effet pas pour autant fait disparaître le droit écrit. On constate ainsi qu'en France, à la fin du Moyen âge, lorsque s'est opérée territorialisation de la coutume, est apparue une véritable fracture entre les « pays de

---

<sup>70</sup> **BARON** Agathe, « Le couple en droit au Moyen âge : autour de l'affection maritalis et des relations patrimoniales », *Médiévales*, 2013, n° 65, p. 93-107.

<sup>71</sup> **BÜHLER** Theodor, *Droit de la famille*, 2006, p. 2.

<sup>72</sup> « L'enfant appartient à Dieu avant d'appartenir à ses parents », **OURILIAK** Paul et **DE MALAFOSSE** Jehan, *Histoire du droit privé*, PUF, 1986, p. 66.

coutume » qui se situent globalement au nord de la Loire et où la coutume germanique a servi de fondement aux coutumes territoriales, et les territoires du sud de la Loire, appelés « pays de droit écrit » car leurs coutumes territoriales se fondaient sur le droit romain hérité de l'époque du Bas Empire<sup>73</sup>.

Il faut cependant nuancer cette vision schématique car tous ces territoires étaient soumis à un droit d'essence coutumière et seules les sources principales de ces coutumes variaient : les coutumes personnelles germaniques au nord et le droit romain du Code théodosien et de ses succédanés au sud comme le Bréviaire d'Alaric. De plus tous étaient soumis aux influences des droits avants : qu'il s'agisse du droit romain renaissant depuis le XII<sup>e</sup> siècle, celui du *Corpus juris civilis* de Justinien, ou de la doctrine chrétienne. Ainsi, la Loire apparaît comme « une frontière incertaine qui court entre deux zones, avec dans l'une (pays de droit écrit) des enclaves coutumières, et dans l'autre (pays de coutumes) des intrusions de droit romain »<sup>74</sup>.

Cette jurisdiversité s'est combinée avec un autre facteur complexifiant le panorama juridique médiéval dans la mesure où il a fortement influencé l'organisation des relations sociales de toute l'Europe. Il s'agit du développement de la féodalité qui reposait sur des relations personnelles mêlant des solidarités de nature politique et militaire et des liens de lignage fondant l'organisation territoriale du pouvoir.

Ce phénomène a été étayé par le principe de charité chrétienne qui a permis d'élargir le champ des relations juridiques au-delà de la seule parenté par le sang. En effet, la vie en communauté qu'imposait l'insécurité ambiante aux alentours de l'an mil conduisit à un élargissement du champ familial si ce n'est du concept de famille lui-même.

---

<sup>73</sup> BASSANO Marie, *Introduction historique au droit*, Université numérique juridique Francophone, p. 5.

<sup>74</sup> BASDEVANT-GAUDEMET Brigitte, GAUDEMET Jean, *Introduction historique au droit*, LGDJ, 2003, p. 69 ; HILAIRE Jean, « Une Frontière incertaine », *La vie du droit*, 1994, p. 105-183.

En effet, si pour les nobles le lignage<sup>75</sup> était déterminant de leur position au sein de la société et servait de base à leurs relations avec les autres membres de l'élite médiévale, induisant conséquemment l'ensemble de leurs relations sociales, les liens du sang n'étaient pas pour autant exclus car ce qui primait à leurs yeux était le lien qu'ils avaient avec un même ancêtre<sup>76</sup>. Autant d'éléments qui influencèrent le droit de la famille, surtout en matière de succession et de partage de biens<sup>77</sup>.

La multiplicité des pratiques juridiques incita le roi de France à entamer un processus d'unification. Grâce à l'ordonnance de réformation de 1254, Saint-Louis promut le respect des us et coutumes du royaume. Désormais, tous ceux qui rendaient la justice en qualité de représentant du roi se devaient de respecter la coutume régionale en prononçant leurs sentences<sup>78</sup>.

Du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle, les juridictions se modernisèrent partout en Europe. Des juges professionnels firent leur apparition et siégèrent parfois aux côtés des monarques pour les conseiller. Ce début de professionnalisation s'accompagna d'un délaissement de la coutume et des usages locaux au profit d'un rétablissement progressif de la logique portée par la romanité quelques siècles plus tôt. C'est alors qu'une nouvelle classe de la noblesse vit le jour, la « *militia legum* » ou noblesse de robe<sup>79</sup>.

La redécouverte de l'héritage romain par les pays européens eut des répercussions sur leur schéma social. Un renforcement du pouvoir patriarcal se produisit, ranimant par exemple en France dans les pays de droit écrit ce qui était en

---

<sup>75</sup> C'est un principe reposant en priorité sur la filiation paternelle.

<sup>76</sup> <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-02955595/document>.

<sup>77</sup> BASSANO Marie, *op.cit.*

<sup>78</sup> « Nous Louis, par la grâce de Dieu roi de France, établissons que tous nos baillis, vicomtes [...] ils respecteront les us et coutumes qui sont bons et éprouvés. Et s'il advient que les baillis ou vicomtes ou autre [...] agissent contre leurs serments [...] les baillis seront punis par nous et les autres par les baillis », Ordonnance de réformation (1254), JOINVILLE Jean, *Histoire de Saint-Louis*, Paris, 1869, p. 249 et s.

<sup>79</sup> KANTROWICZ Ernest, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix : Revue des sciences sociales du politique*, n° 32, 1995, p. 5-22.



usage dans la société romaine. La coutume germanique libérale bénéficiant à la femme en matière de propriété<sup>80</sup> fut évincée par le droit écrit, qui participa au retour d'une forte *patria potestas* domestique exercée sur les biens au détriment de l'épouse et des enfants.

En Orient, l'arrêt de la recherche intellectuelle et la fermeture de la porte de l'*ijtihad* au X<sup>e</sup> siècle, s'accompagnèrent d'une répression engagée contre certaines écoles de pensées jugées hérétiques par le pouvoir central et ses oulémas officiels, conduisant à une stagnation de la pensée juridico-théologique, et à la prolifération du *taqlid*, c'est-à-dire de la stricte imitation<sup>81</sup>.

Beaucoup d'intellectuels et d'orientalistes ont formulé de tristes et cruels constats à ce propos. Ainsi Ahmed Amin considéra que l'élimination du *mutazilisme* était un péché envers les musulmans eux-mêmes<sup>82</sup>, Ernest Renan relia la civilité de l'islam à l'existence des *mutazilites*<sup>83</sup> et Snouck-Hurgronje alla jusqu'à comparer le repos du droit islamique<sup>84</sup> à l'immobilité morbide d'un cimetière<sup>85</sup>.

Cet état léthal du *fiqh* et le recul de l'argumentaire rationalisé ne mirent

---

<sup>80</sup> **BAROIN** Agathe, « Le couple en droit au haut Moyen Âge : autour de *l'affectio maritalis* et des relations patrimoniales » *Médiévales*, 65, 2013, p. 93-107.

<sup>81</sup> Plus précisément, c'est le « principe de stricte adhésion à la loi telle qu'elle est exposée dans les manuels juridiques faisant autorité ». **COULSON** Noël J., *Histoire du droit islamique*, PUF, coll. « islamiques », 1995, p. 225.

<sup>82</sup> **AMIN** Ahmed, *Duha l'islam*, Le Caire, 3<sup>e</sup> éd., 1952, p. 207.

<sup>83</sup> **TERME** Renaud, *La perception de l'islam par les élites françaises (1830-1914)*, Thèse, Bordeaux, 2016, p. 127.

<sup>84</sup> Le droit musulman dont traitent souvent les orientalistes et les juristes non-musulmans aujourd'hui est plutôt constitué par le *fiqh* et la doctrine juridique que la révélation coranique ou la sunna. L'extrapolation du terme de la part des juristes non-musulmans crée la confusion autour de ce qu'est réellement le droit musulman. Dans les pays musulmans, il n'est pas question de droit musulman, mais plutôt de droit avec des influences du *fiqh* ou de la *chari'a*. Cette confusion ne s'opère pas seulement chez les juristes occidentaux, mais se retrouve souvent parmi certaines populations des pays musulmans. **LAMADDEB** Badreddine, *Le traditionnel et le moderne en droit marocain de la famille*, Thèse, Montpellier, 2012.

<sup>85</sup> **BLANC** François-Paul, *op.cit*, p. 28.

cependant pas définitivement fin aux efforts d'innovation. La dynamique qui suivit la chute de l'empire en 1258 vit la naissance d'Etats nations<sup>86</sup>, un phénomène déjà constaté à la suite de la chute de l'Empire romain, et qui donna ici naissance au *Kanun* qui s'efforça de combiner les sources traditionnelles musulmanes avec la coutume locale sous forme de décrets royaux, dans le seul but de répondre aux besoins des justiciables ou citoyens<sup>87</sup>.

Dans l'aire nord-africaine, un droit spécifique a commencé à poindre dès lors qu'elle est devenue indépendante du califat<sup>88</sup>. Le droit coutumier des Amazighs y a ressurgi afin de régler tous les aspects pratiques de la vie. Ces populations avaient recours à l'*azref*<sup>89</sup>, ensemble de règles de droit élaborées par la *djema*<sup>90</sup> qui adapte la coutume aux besoins de la tribu. Comme le firent les Occidentaux avec le droit romain, les tribus amazighes se sont appropriées la religion et l'ont intégrée à leurs coutumes<sup>91</sup>, ce qui permis de répondre aux défis rencontrés par les microsociétés rurales de l'époque. Ainsi le serment, qui constitue l'un des plus anciens modes de preuve, a pu être modernisé grâce à l'apport des éléments de la religion musulmane, et cela tout en gardant une même forme, à savoir l'invocation d'un saint marabout, dont la sainteté est désormais en relation avec une pratique exceptionnellement vertueuse de

---

<sup>86</sup> Comme les Mamelouks en Egypte et les Seldjoukides en Anatolie et les Idrissides au Maroc à partir de 788.

<sup>87</sup> **BLANC** François-Paul, *op.cit.*, p. 34.

<sup>88</sup> Ainsi l'arrivée d'Idriss Ier au Maroc et l'allégeance faite par les tribus Amazighes de la région d'Aurébas permit l'indépendance politique, religieuse et juridique du Maghreb vis-à-vis de l'Empire Abbaside, **BECK** Herman, *L'image d'Idris II, ses descendants de Fas et la politique sharifienne des sultans marinides*, E.J.Brill, 1989, p. 39-42.

<sup>89</sup> Se traduisant par l'expression « droit coutumier », c'est un « terme désignant dans les parlers berbères de la zone *tamaziyt* (Maroc central) l'ensemble des règles des codes coutumiers. C'est donc le vocable proprement berbère correspondant au lexème kabyle d'emprunt (*l-qanun*, d'origine grecque, à travers l'arabe ». **CHAKER** Salem, *Encyclopédie berbère*, 8/1990, p. 1223.

<sup>90</sup> Terme qui désigne une assemblée de notables, un conseil tribal, au Maghreb.

<sup>91</sup> Comme en témoigne l'œuvre du royaume de Berghouata dont la coutume fut un mélange d'islam chiite, mutazilite, christianisme et coutumes amazighes, **ISKANDER** John, « Devout Heretics : The Barghawata in Maghribi Historiograph », *The Journal of North African Studies*, p. 37-53.

l'islam<sup>92</sup>.

La nature tribale de la société influençait bien évidemment la façon de rendre la justice. C'est à la *djemaa* qu'incombait la mission de rendre la justice pour les litiges les plus importants mais il existait aussi différents organes intervenant dans les affaires les moins importantes, notamment familiales, tels que l'*Anzarfu* ou arbitre et l'*Anfury* ou médiateur.

La prédominance du droit coutumier eut des répercussions sur la famille amazighe. Malgré l'arrivée de l'islam et la conversion des Amazighs, la société restait très patriarcale, tournant alors autour de la figure du *Amgare*, le patriarche, et de l'*khayma*, c'est-à-dire la maison. Un double système de filiation agno-cognatique, constituait la base du *taqblit* ou tribalisme, ce qui permettait à tous les individus ayant un ancêtre commun d'être liés entre eux<sup>93</sup>.

Cette organisation de la parenté eut de grandes répercussions sur divers aspects de la vie de la famille. Malgré l'avènement de l'islam et de ses injonctions en matière d'héritage, le caractère collectif des terres excluait les femmes de la succession. Aux yeux des Amazighs, le patrimoine familial ou tribal était indivisible, et le mariage de la fille ayant lieu à l'extérieur, sa participation à la succession aurait conduit au morcellement et donc à la disparition progressive du bien familial<sup>94</sup>.

La polygamie quant à elle, était plus pragmatique que religieuse, la première épouse pouvait encourager son mari à prendre d'autres femmes afin d'alléger ses tâches quotidiennes, ce qui explique le pouvoir dont pouvait jouir la matriarche à l'égard de ses coépouses et de ses belles-filles<sup>95</sup>. Dans ce micro-univers les mariages

<sup>92</sup> HOFFMAN Katherine, « Le droit coutumier amazigh au Maroc », *Perspectives*, n° 9, 2013, p. 3-5.

<sup>93</sup> TERRASSE Henri, « au cœur du monde berbère : les Seksawa au Grand Atlas marocain », *Annales, Économies, Société, Civilisation*, n° 2, 1956, p. 248-256.

<sup>94</sup> TAGHBALOUTE Aziz, *Le fellah marocain : exemple d'une tribu berbère : les Beni M'tir du XIX<sup>e</sup> siècle jusqu'à nos jours*, université de Saint-Étienne, 1994, p. 28.

<sup>95</sup> *Ibid*, p. 27.

précoces étaient tolérés et encouragés. Ils permettaient la préservation de l'honneur de la famille au même titre que cela permettait de nouvelles alliances. Parallèlement, le divorce restait synonyme de déshonneur et d'échec de la femme vis-à-vis de sa famille d'origine<sup>96</sup>.

Ainsi la coutume amazighe avait deux conséquences sur la place de la femme dans la famille et la tribu. La femme n'avait pas les mêmes droits que l'homme dans la famille à la structure patriarcale, gravitant autour du patriarche et de ses héritiers mâles, ce dont résultaient des règles de succession excluant la femme. Au regard de la tribu, elle constituait une personne à part entière et avait dans cette dernière les mêmes droits que les hommes, pouvant même y faire admettre un enfant naturel ou toute personne jugée bénéfique pour elle, par décision de la tribu, par le processus de la colactation<sup>97</sup>.

En France l'évolution du régime politique et le renforcement du pouvoir royal impactèrent la vision portée par les individus sur la famille. La royauté, comme l'Église auparavant, utilisa la famille afin de légitimer son autorité. Le modèle familial était proposé comme exemple de bonne gouvernance ainsi qu'en témoignent la déclaration royale selon laquelle « la naturelle révérence des enfants envers leurs parents est le lien de légitime obéissance des sujets envers leur souverain »<sup>98</sup> ou encore le titre de « Père du peuple » attribué à Louis XII<sup>99</sup>. La vision patriarcale de la famille et la conception hiérarchique du système politique furent calquées l'une sur l'autre.

Dans la mesure où le roi agissait en monarque absolu et traitait ses sujets

---

<sup>96</sup> *Ibid*, p. 28.

<sup>97</sup> **GELARD** Marie-Luce, « De la lance au pouvoir : Fonctionnement politique et social d'un groupe berbérophone au Tafilat (Maroc) », *Cahiers de recherche*, Centre Jacques Berque, 2005, p. 127-143.

<sup>98</sup> « Déclaration sur les formalités de mariage, les qualités requises, le crime de rapt, etc., du 26 novembre 1639 », Recueil général des anciennes lois françaises, édité par MM, Jourdan, Decruzy et Isambert, T.XVI, 1821-1833, p. 520.

<sup>99</sup> **BURGUIERE** André, « L'État monarchique et la famille (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle) », *Annales. Histoire, sciences, sociales*, n° 2, 2001, p. 313-335.

comme des mineurs ou incapables, le père de famille devenait à son tour monarque chez lui, traitant de même ses enfants et son épouse comme des mineurs et incapables. Cette structure familiale s'inscrivait dans la continuité de la structure féodale et aboutit à la famille communautaire acceptant tout nouveau venu, essayant de garder au sein de la grande maison tous les enfants et les petits-enfants. Mais il existait, au sein de la haute aristocratie une famille plus réduite, de type nucléaire, et ce malgré l'importance majeure accordée à la notion de lignée. Cette dernière finit ainsi par se scinder pour donner naissance à plusieurs petites familles faisant partie du même clan au sein du même groupe nobiliaire.

Le désir de la noblesse de préserver la pureté de son sang conduisit au retour d'une pratique quelque peu délaissée grâce à l'intervention de l'Église catholique qui privilégiait le consentement individuel à celui des parents : le mariage arrangé<sup>100</sup>. Cette pratique fit l'objet de dénonciations et de moqueries de la part des intellectuels français, notamment dans les pièces de théâtre<sup>101</sup>.

Avec la Révolution française, le droit instauré sous l'Ancien régime cessa d'être appliqué. La fin de la monarchie et l'accession au pouvoir des révolutionnaires conduisirent à l'adoption d'un régime familial plus souple, supprimant, dès le début, l'image du patriarche royal, car dans une logique similaire à celle de l'Ancien régime, la Révolution qui cherchait à démocratiser la société, démocratisa tout d'abord la famille<sup>102</sup>.

En matière de successions tous les enfants, légitimes ou non, garçons et filles, aînés et cadets furent désormais traités sur un pied d'égalité avec l'abolition du droit d'aînesse et de tous les autres privilèges qui étaient en usage en la matière avant 1789.

---

<sup>100</sup> *Ibid.*

<sup>101</sup> Ce fut le cas dans l'œuvre de Molière par exemple, en particulier dans *L'avare*, de 1668.

<sup>102</sup> **BURGUIERE** André, « La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil) », *Droit et société*, n° 14, p. 25-38.

La famille nucléaire fut privilégiée<sup>103</sup>. La laïcisation du mariage, jusque-là admise au profit exclusif des Protestants qui pouvaient déclarer leurs mariages devant un officier royal depuis 1787, fut étendue à tous les Français en 1792<sup>104</sup>. Elle permit, dès lors, l'instauration du divorce, qui suscita une certaine indignation de la part de la droite catholique<sup>105</sup>.

Malgré les bonnes intentions du législateur de cette période, qu'incarnent plusieurs réformes phares telles que la reconnaissance des droits de l'enfant naturel en 1793 ou encore l'instauration du divorce en 1792, la situation de la femme en France allait prendre une dimension politique<sup>106</sup>, ce qui conduisit à la persistance des inégalités entre homme et femme au sein de la famille et de la société.

La subordination légale de l'épouse était défendue par une partie des législateurs comme le démontrent les paroles de Merlin de Douai<sup>107</sup>, mais la communauté légale proposée par Cambacérès, ne fut jamais réellement appliquée<sup>108</sup>. Il y eut enfin un mouvement lent et doux de réhabilitation de la figure paternelle<sup>109</sup>. Enfin la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en ne s'appliquant qu'aux hommes devait maintenir les femmes à l'écart du processus égalitariste, ce qui poussa Olympe de Gouge à revendiquer ironiquement : « [...] La femme a le droit de monter sur l'échafaud, elle doit avoir également celui de monter à la tribune [...] »<sup>110</sup>.

---

<sup>103</sup> **BURGUIERE** André, « La révolution et la famille », *Annales : Économies, sociétés, civilisations*, 46<sup>e</sup> année, n° 1, 1991, p. 151-168, p. 152.

<sup>104</sup> **HALPERIN** Jean-Louis, « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe », *Information sociale*, Caisse nationale d'allocation familiale (CNAF), n° 129, 2006, p. 44-55.

<sup>105</sup> **BURGUIERE** André, *op.cit.*

<sup>106</sup> **BURGUIERE** André, *op.cit.*

<sup>107</sup> Merlin de Douai : « Si la convention adoptait l'article qui lui est présenté par le comité, elle ferait une chose absurde [...]. Je pense que la femme est généralement incapable d'administrer [...] et que l'homme ayant sur elle une supériorité naturelle, doit la conserver », *Réimpression de l'ancien moniteur*, Plon frère, Paris, 1847, tome 17, p. 487.

<sup>108</sup> **BURGUIERE** André, *op.cit.*

<sup>109</sup> **BURGUIERE** André, *op.cit.*

<sup>110</sup> **DE GOUGES** Olympe, « article X », *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, 1791.

Ce nouveau modèle étatique et sa nouvelle conception du droit eurent aussi des répercussions sur la fonction de juge. Celui-ci dorénavant n'était plus un fonctionnaire nommé par le pouvoir central, mais un juge-citoyen, sans formation juridique<sup>111</sup>, élu par ses concitoyens. Cette innovation provient des idéaux libertaires de la révolution et du désir des citoyens d'avoir accès à une justice de proximité<sup>112</sup> mais aussi d'une méfiance avérée à l'égard des juges d'Ancien Régime et de leur jurisprudence protectrice des privilèges.

D'ailleurs, une autre conséquence de la Révolution sur la justice française réside dans la consécration de la sacralité de la loi. L'Assemblée nationale entreprit d'enlever au juge tout pouvoir d'interprétation. Comme Robespierre, elle considérait que si le juge dispose de la faculté d'interprétation, on n'est plus sous le coup de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'applique ou l'interprète<sup>113</sup>. La doctrine juridique de l'époque était dominée par la notion de *lex stricta*<sup>114</sup>. Pour s'assurer de l'efficacité de ce principe, les révolutionnaires ont créé un Tribunal de cassation en 1790<sup>115</sup>. Il était en charge de la surveillance de l'application de la loi par les juges pour mettre fin à la jurisprudence. Comme le déclara Robespierre : « Le mot jurisprudence doit être banni de notre langue » ! Il fallait alors faire passer le juge « sous la loi »<sup>116</sup>.

Cet état de fait ne dura qu'une décennie car après la chute de la I<sup>e</sup> République, une rupture brutale et définitive se produisit avec le droit tel qu'il avait été jusque-là

---

<sup>111</sup> **BODINIER** Bernard, « Des juges-citoyens aux notables du consulat : Les juges de paix de l'Eure pendant la révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, 360, avril-juin 2010, p. 103-132.

<sup>112</sup> **DUSQUESNE** Quentin, « Du juge seigneurial au juge de paix. Les détenteurs des fonctions judiciaires de proximité de la fin de l'Ancien Régime au Consulat : le cas de l'Isère », *Histoire, économie et société*, 29<sup>e</sup> année, 2010/2, p. 45-64.

<sup>113</sup> <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/11/17/le-3-novembre-1790-la-mise-au-pas-des-juges-sous-la-revolution/>

<sup>114</sup> Principe d'interprétation stricte de la loi.

<sup>115</sup> <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/38525-la-justice-de-la-revolution-francaise-vichy>

<sup>116</sup> **RÉMY** Philippe, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, n° 107, p. 22-36.

envisagé. Le législateur postrévolutionnaire se lança en effet dans une vaste entreprise de codification, de sorte que la plupart des domaines de la vie publique furent dotés de leur propre code, et le droit civil accueillit l'organisation de la famille<sup>117</sup>.

Les acquis de la Révolution, lorsqu'advinrent le Consulat puis l'Empire, furent jugés trop libéraux, et même parfois destructeurs pour la société. Cette orientation réactionnaire de la loi s'est répercutée sur le droit de la famille et le statut des juges. Le Code civil de 1804 s'est efforcé de restaurer certaines idées de l'ère monarchique à côté de certains idéaux révolutionnaires comme la suppression du droit d'aînesse. Loin de réfuter l'idée de la laïcisation du mariage<sup>118</sup>, le Code Napoléon la maintient, voire la renforce. Afin d'éviter tout ressentiment catholique, le code permit la célébration nuptiale religieuse ultérieurement au mariage civil<sup>119</sup>. Mais le législateur de 1804 mit fin au divorce dans le but de lutter contre la légèreté des mœurs qui s'était répandue durant la période révolutionnaire, et asseoir un nouveau modèle de société post révolutionnaire, mais cela ne signifia pas l'abolition totale du divorce, car il demeurait toléré pour les justiciables dont la religion autorise le divorce<sup>120</sup>.

Le statut de la femme durant cette période régresa pour revenir à une situation d'infériorité connue sous l'Ancien régime. Déjà évoquée durant les débats de 1792, sa place dans la famille ne bougea pas d'un iota. Ainsi l'idée exprimée par Cambacérès « Vivre la révolution au travers de la femme », n'eut aucun impact sur le législateur. Les textes entérinèrent le renforcement de l'autorité maritale, l'infantilisation de la

---

<sup>117</sup> <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/la-justice-dans-lhistoire-10288/la-periode-napoleonienne-11908.html>

<sup>118</sup> **HALPERIN** Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. « Quadrige », 2001, p. 84.

<sup>119</sup> **BRULEY** Yves, « Mariage et famille sous Napoléon : le droit entre religion et laïcité », *Napoleonica : La revue*, n° 14, 2012/2, p. 111-126.

<sup>120</sup> « Le véritable motif qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, c'est la liberté des cultes. Il est des cultes qui autorisent le divorce, il en est qui le prohibent : la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user. Ainsi, le système du divorce doit être conservé dans la législation civile ». **PORTALIS** Jean Étienne Marie, *Procès-verbaux du Conseil d'État*, Imprimerie de la République, Paris, 1803, p. 298-299.



femme ainsi que l'absorption de sa personnalité juridique par l'époux. Autant d'orientations contenues dans le chapitre VI du Code Napoléon.

Le nouvel ordre établi par le législateur durant le Consulat et l'Empire se voulait aux antipodes de celui de la Révolution, jugé anarchiste. Son idée directrice était de lier l'autorité étatique à l'ordre familial, afin de préserver la paix comme le révèle l'allocution de Portalis : « Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques, et c'est par la Petite-Patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande, car ce sont les époux fidèles, les bons pères, les bons fils qui font les bons citoyens »<sup>121</sup>. Malgré le fait que le code et le législateur affichent le vœu d'établir une société charpentée autour d'un père et mari aimant, bien attentionné et bon, il n'en reste pas moins que le même code excluait les enfants naturels, et défendait farouchement l'image de la Sainte Famille<sup>122</sup>.

Les changements connus par le juge furent tout aussi importants : tant en ce qui concerne sa fonction qu'en ce qui relève de son statut. Il n'est plus un juge populaire élu pour un mandat déterminé, il devient un magistrat professionnel nommé et inamovible. Cette professionnalisation permit une accentuation du contrôle judiciaire, pour garantir l'application d'une loi sévère et intouchable<sup>123</sup>.

À la même époque, une séparation des compétences fut opérée par la création du Conseil d'État pour juger les contentieux entre l'État et les particuliers. Dès lors, l'État devenait juge et partie dans les procès le concernant. Et, plus généralement, le législateur limita le pouvoir du juge et chapeauta son travail en créant le grand-juge et ministre de la justice, qui veillait à ce que la justice soit rendue comme le pouvoir l'entendait. Malgré les discours encourageant la recherche de l'équité et de la justice,

---

<sup>121</sup> **PORTALIS** Jean Étienne Marie, *Discours préliminaire du projet de code civil*, 1801, p. 96.

<sup>122</sup> **DEKEUWER-DEFOSSEZ** Françoise, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au PACS (et au-delà...) », *Pouvoir*, 2003/4, n° 107, p. 37-53.

<sup>123</sup> <http://www.justice.gouv.fr/histoire-et-patrimoine-10050/la-justice-dans-lhistoire-10288/la-periode-napoleonienne-11908.html>

en cas de silence de la loi<sup>124</sup>, tout retour vers la jurisprudence ou analyse doctrinale, était mal accueilli par Napoléon lui-même<sup>125</sup>.

L'effervescence juridique connue par la France se propageait partout dans le monde, telle une traînée de poudre. L'implantation du Code Napoléon dans les pays suivait souvent « le vol de l'aigle napoléonien ». Au-delà des conquêtes de l'Empire, il y avait aussi l'attraction exercée par la France sur le reste du monde, tel un phare, elle propagea les idées d'humanisme et de liberté dans nombre de pays. Ainsi les États nouvellement indépendants en Amérique latine ou désirant se moderniser tel le Japon, trouvaient les bases du droit moderne dans le Code civil. Enfin, le droit français procurait un sentiment d'unité, car il rassemblait en son sein tous les éléments d'un code moderne mettant fin, de la sorte, à toutes les disparités juridiques que les droits anciens connaissaient<sup>126</sup>.

L'un des facteurs décisifs, dans l'impact universel du Code civil, était son unicité. Au moment des tentatives de grandes codifications qui suivirent, il était le seul code déjà existant pouvant être pris pour modèle. L'impact de la culture juridique française dépassa les frontières de l'Europe, et toucha les pays du Moyen-Orient tels que l'Égypte et surtout l'Empire ottoman<sup>127</sup>. S'accomplit ainsi, au moins partiellement, le désir de Napoléon de gouverner tous les peuples du monde<sup>128</sup>.

---

<sup>124</sup> « [...] Quand elle [la loi] est obscure, il faut approfondir les dispositions [...] il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives. », **PORTALIS** Jean Étienne Marie, *op.cit.*

<sup>125</sup> **RÉMY** Philippe, *op.cit.*

<sup>126</sup> **GRIMALDI** Michel, « L'exportation du Code civil », *Pouvoirs*, n° 107, 2003/4, p. 80-96.

<sup>127</sup> **SOLEIL** Sylvain, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la justice*, n° 19, 2009/1, p. 225-241.

<sup>128</sup> « Au code ton époux le grand Napoléon. À la fin imprima son génie et son nom. Il y dicta ces lois de sagesse profonde. Qui doivent gouverner tous les peuples du monde. Surpassant les héros à titre de vainqueur. Les surpassant encore comme législateur. », **TEISSIER-ENSMINGER** Anne, « Les versifications du Code civil : Un paroxysme de nomophilie », *Revue de la recherche juridique*, 1989, p. 145-176.

La question des *Kanun* connut une nouvelle dynamique en Orient avec la réception du Code français de 1804. Les États naissants tels que l'Égypte ou l'Empire ottoman, en voulant se moderniser, trouvèrent dans le Code Napoléon un droit partageant leur misogynie, comme le soulignent les paroles de Napoléon lui-même « La femme est donnée à l'homme [...], elle est sa propriété, comme l'arbre à fruit est la propriété du jardinier »<sup>129</sup>, et aussi leur conviction que l'obéissance étatique commence par l'obéissance domestique.

À partir de 1839, la Turquie ottomane connut une grande période de réformes administratives et juridiques, dénommée période des *Tanzimat* (Réorganisation). L'empire puisa dans le Code civil afin de réformer la justice, dotant par la même occasion les millets, c'est-à-dire les communautés non musulmanes, du statut de *dhimmi*, c'est-à-dire un statut personnel spécifique et laïque<sup>130</sup>. Cette adhésion aux idéaux français alla jusqu'à l'adoption de la devise « égalité, liberté, fraternité ».

La constitution turque n'avait pas pour autant soustrait le droit de la famille à l'influence religieuse. Néanmoins, elle permit la laïcisation des régimes matrimoniaux des communautés non musulmanes. Pour faire réussir ses réformes, le Sultan adressa les *Hatt-i Cherif* et *Hatt-i Humayun*<sup>131</sup> aux gouverneurs, juges et clergés dans le but de stimuler les réformes et mettre fin au retard législatif turc.

En Égypte, la fascination pour la nouvelle façon de penser française conduisit Mehmet-Ali Pacha à l'adopter, suite à la campagne orientale de Napoléon (1798-1801). Il mit en place un mille-feuille administratif et judiciaire à la française, rompant définitivement avec le modèle administratif musulman en place depuis les Abbassides<sup>132</sup>. En matière législative, les réformes furent cependant moins

---

<sup>129</sup> SAAD Georges, *L'influence du Code Napoléon de 1804 sur les systèmes juridiques arabes et musulmans*, L'Harmattan, 2005, p. 20.

<sup>130</sup> UBICINI Abdolonyme, *Lettre sur la Turquie*, Paris, J. Dumaine, 1835, p. 30-33.

<sup>131</sup> <https://mjp.univ-perp.fr/constit/tr1839.htm>

<sup>132</sup> BLEUCHOT Hervé, *op.cit.*, pp. 199-303.

audacieuses, se limitant seulement à adoucir les dispositions répressives du droit musulman<sup>133</sup>.

Mais le vrai élan réformateur commença avec Ismaïl Pacha, qui non seulement mandata Qadri Pasha afin de réformer les tribunaux religieux, sans pour autant dévier de la doctrine islamique<sup>134</sup>, mais missionna aussi le juriste *El-Minaoui* afin d'étudier et commenter le Code civil de 1804, pour dégager les similitudes entre le code Française et le droit issu du *fiqh*. Dotée du premier commentaire en arabe du code de 1804, la communauté musulmane égyptienne eut plus de facilités pour accepter plus tard la codification occidentale du *fiqh*<sup>135</sup>.

C'est à l'occasion de ce mouvement de codification dans le monde arabe qu'un premier effort destiné à intégrer les préceptes musulmans dans le cadre plus grand d'un droit positif fut livré. Le droit n'émane alors plus directement de Dieu, mais constitue désormais une œuvre humaine dont les principes sont d'inspiration divine<sup>136</sup>. Même les branches du droit les plus islamisées comme le droit pénal ou le droit de la famille subirent une laïcisation, sans pour autant perdre leurs références à l'islam<sup>137</sup>.

L'impact du droit français ne s'arrêta pas seulement aux textes législatifs ou aux modalités de leur création. La réforme menée en Turquie visant à laïciser le système judiciaire mit fin à la mainmise des tribunaux *chari'*, c'est-à-dire religieux, sur toute sortes d'affaires. La Turquie créa des tribunaux civils intégrés dans une hiérarchie judiciaire elle aussi inspirée par le modèle judiciaire français avec des cours

---

<sup>133</sup> **CHEHATA** Chafik, « La survivance musulmane dans la codification du droit civil égyptien », *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 1965, p. 839-853.

<sup>134</sup> **BLEUCHOT** Hervé, *op.cit.*, pp. 199-303.

<sup>135</sup> **MAURY** Jacques, « Le Code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen, l'orient et l'Extrême-Orient », *Revue internationale de droit comparé*, n° 4, 1950, p. 771-780.

<sup>136</sup> **BUSKENS** Léon et **DUPRET BAUDOIN**, « L'invention du droit musulman : Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique », *L'Orient créé par l'Orient*, Karthala, 2012, p. 71-92.

<sup>137</sup> **BLEUCHOT** Hervé, *op.cit.*, pp. 199-303.

d'appel et une cour de cassation<sup>138</sup>.

En Égypte, la même évolution se produisit. Le système classique formé par des juges religieux laissa place à une hiérarchie à la française. Ainsi sous Isma'il Pasha, l'Égypte fut dotée de tribunaux de première instance, de cours d'appel et d'une cour suprême<sup>139</sup>. Les juges quant à eux, même s'ils avaient été formés dans le cadre du droit islamique, se conformaient, de plus en plus, à un droit étatique. Mettant de côté l'islamité des questions qui leur étaient soumises, ils se consacrèrent davantage à appliquer le texte de la loi.

Le Code Napoléon et le système judiciaire français finirent par concerner l'ensemble du monde arabo-musulman méditerranéen. Son influence ne s'arrêta pas à l'Égypte ou à la Turquie, mais s'étendit à l'Afrique du Nord, cette progression étant la conséquence de l'annexion de l'Algérie à partir de 1830, puis l'instauration des protectorats en Tunisie et au Maroc à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au début du XX<sup>e</sup> siècle.

Le Maroc, du fait de sa sécession en 788 de l'empire abbasside, et son indépendance de l'Empire ottoman, avait historiquement développé un droit propre, amalgame de coutumes et de droit musulman<sup>140</sup>. La coutume était variable d'une région à l'autre, et son importance dépendait du degré local de l'autorité du « *Makhzen* », ainsi plus le pouvoir central était faible et plus la justice coutumière était forte et présente dans les régions.

Cette spécificité marocaine donna naissance à un système judiciaire moins oriental que ne le furent d'autres justices de l'aire musulmane. Contrairement au

---

<sup>138</sup> Constitution Ottomane de 1876, <https://mjp.univ-perp.fr/constit/tr1876.htm>

<sup>139</sup> BLEUCHOT Hervé, *op.cit*, pp. 199-303.

<sup>140</sup> Le droit musulman dont s'inspira le juge dépendait surtout de la branche religieuse présente sur le territoire, ainsi le malékisme ne devient la doctrine officielle du Maghreb qu'avec la Dynastie Marinide qui essaya par la même occasion de tirer la légitimité de la présence de cette doctrine au Maroc par le renvoi au royaume Idrisside comme défenseur du rite malékite au Maghreb. BECK Herman, *op.cit*, E.J.Brill, 1989, p. 79.

Moyen-Orient où la justice était soumise aux tribunaux religieux ou aux gouverneurs, le Maroc connaissait trois formes de juridictions. Tout d'abord existait un tribunal religieux dépendant du *Cadi l'K'da'* (grand juge) qui, depuis Fès, proposait les juges à nommer.

Ensuite se trouvait la justice « administrative » des gouverneurs dont l'intervention était surtout perceptible en matière pénale. Enfin, dans les régions Amazighs éloignées du pouvoir central, la *djemaa* ou assemblée locale des notables exerçait des attributions judiciaires. Dans l'ensemble de ces instances, la justice était souvent rendue selon le bon sens, la coutume et le *fiqh*, que les juges essayaient d'adapter au cas par cas<sup>141</sup>. De plus, le *diwa'n l'madalim* ou ministre des Injustices faisait office de cour d'appel.

À la fin du siècle, le Maroc entreprit des réformes judiciaires et administratives, qui échouèrent à cause des pressions européennes, émanant notamment de France et d'Espagne. Mais dès l'instauration du protectorat, une réforme judiciaire fut entreprise afin de mettre en place un système judiciaire à la convenance des puissances occupantes et de leurs ressortissants.

Sous la direction du résident général, le général Lyautey, la France entreprit de réformer l'organisation judiciaire marocaine en préservant le pouvoir *chérifien* comme interlocuteur direct des populations. Cependant, en appliquant le principe de la division pour l'affaiblir, elle impose la soustraction de la population amazighe à l'autorité du Sultan, tout en maintenant auprès de celle-ci, ses juridictions locales et coutumes intactes<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> BLEUCHOT Hervé, *op.cit*, pp. 199-303.

<sup>142</sup> « [...] Que ces tribus de race berbère ont des lois et des coutumes propres [...] il est important pour le bien de nos sujets et la tranquillité de notre empire, de respecter le statut coutumier qui régit ces tribus dites de coutumes berbères sont et demeurent régies et administrées selon leurs lois et coutumes propres [...] », LUCCIONI Josèphe, « L'élaboration du dahir berbère du 16 mai 1930 », *Revue de l'occident musulman et de la méditerranée*, n° 1, 1984, p. 75-81.

Dans les villes, le *Makhzen* instaura le concours pour les *cadis* qui appliquaient la loi tirée du *fiqh*, tout en maintenant les attributions des gouverneurs dans le règlement des litiges pénaux et civils. De plus, les autorités du protectorat introduisirent des tribunaux de type occidental réservés aux ressortissants non marocains avec des cours d'appel et une haute juridiction. Parallèlement à ce nouveau schéma, la ville de Tanger, en raison de sa qualité de ville internationale, bénéficia d'un statut spécial. Dans les zones de coutume amazighes, le nouveau pouvoir maintint les *djemaas* et la coutume à côté des tribunaux rabbiniques pour la communauté israélite du pays.

L'établissement du protectorat au Maroc eut ainsi des effets non seulement sur l'organisation politique et administrative du pays, mais engendra en outre des répercussions sur la manière de créer le droit et de le mettre en œuvre. Le contact avec le droit français posa les bases du positivisme juridique que le Maroc adopta. L'introduction du droit positif français limita progressivement le champ d'application du droit musulman et entraîna par ailleurs la désintégration du droit coutumier amazigh<sup>143</sup>.

La division ethnique et juridique au Maroc atteignit son paroxysme en 1930, lorsque fut introduit le « *dahir* berbère » dans le but de soustraire définitivement la composante amazighe à l'autorité du sultan. La juridiction coutumière fut officialisée à côté du droit français, dans une tentative de reproduction du schéma kabyle<sup>144</sup>. Perçue comme une atteinte à l'unité du royaume, cette réforme devint un sujet d'indignation collective et fut amplement dénoncée lorsque se développa la lutte anticoloniale.

Mais l'un des plus grands impacts qu'eut le protectorat fut la prise de conscience de la nature de la famille dans la société marocaine et de la place qu'y occupait la femme. Les idées d'égalité importées depuis la France participèrent à l'émergence d'une mouvance féministe représentée par *Akhawat saf'a*. Les

---

<sup>143</sup> BLEUCHOT Hervé, *op.cit.*, pp. 199-303.

<sup>144</sup> LUCCIONI Josèphe, *op.cit.*

revendications de ce mouvement apparurent aux yeux de beaucoup de Marocains d'autant plus légitimes que les femmes marocaines participèrent à la lutte pour l'indépendance<sup>145</sup>.

L'engagement de nombreuses femmes dans les mouvements nationalistes et la création de sections féminines dans les partis politiques de l'époque participèrent à la diffusion des idées réformistes à l'égard du statut de la femme. C'est en 1952 qu'Allal Al Fassi, fasciné et influencé par l'expérience égyptienne en la matière, essaya de poser la question de la femme dans la société marocaine, en adoptant une rhétorique conservatrice pour proposer d'abolir certaines pratiques arbitraires imposées à la femme par des « coutumes berbères d'un autre âge »<sup>146</sup>.

Le mouvement nationaliste marocain utilisa l'indignation soulevée par le « *dahir* berbère » pour justifier son attachement au Sultan, à l'islam et surtout au panarabisme, importé du Moyen-Orient. Bénéficiant du soutien du Sultan, ce mouvement qui avait l'ambition d'englober tous les Marocains engagea un bras de fer avec les autorités françaises qui aboutit à la reconnaissance de l'indépendance du royaume en 1956, ce qui ouvrit une nouvelle période de réformes juridiques.

Une fois l'indépendance acquise, sous la direction du roi assisté par les partis politiques, le Maroc entama des réformes dans tous les domaines. Tout en gardant le modèle administratif et juridique français comme organisation générale de l'État. Les acteurs de ce processus essayèrent d'adapter l'ensemble du dispositif juridique à ce pays fraîchement indépendant, avec le souci de stabiliser les institutions, notamment parce qu'au cours de cette même période, un certain nombre de monarchies arabes furent détrônées.

---

<sup>145</sup> **TOBICH** Faiza, « Chapitre 1. La Moudawana Marocaine : Une codification dans la conformité religieuse », *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, PUAM, 2008, p. 55-88.

<sup>146</sup> *Ibid.*



Si le volet administratif ne devait pas connaître de réelles réformes et conserver ce que la France avait introduit comme nouvelles institutions, le *corpus* juridique, quant à lui, fit l'objet de petites innovations afin de répondre aux nouveaux défis auxquels le Maroc devait faire face. Le dahir portant Code des obligations et contrats adopté par les Français en 1913 et le Code pénal de 1913 pour les questions interférant avec le domaine civil furent maintenus jusqu'à ce que d'autres codes soient promulgués durant le règne d'Hassan II.

La nouvelle phase de codification avait comme principe caractéristique l'éviction du droit musulman et coutumier au profit d'un droit positif moderne. Même si le droit musulman faisait partie du cadre de vie marocain, l'administration et la justice ne comptaient pas en faire un référentiel déterminant dans le droit qu'elle comptait appliquer à la population. Cependant, le droit de la famille échappa à la laïcisation, conservant un fort référencement au *fiqh* malékite.

Ainsi sous le règne du roi Mohammed V, un vaste projet de modernisation du droit de la famille vit le jour. Le nouveau code projeté visait à mettre fin à la coutume amazighe et reconnaître le rite malékite comme seul référentiel applicable dans le royaume. Ainsi le code de la famille projeté – la future *Moudawana* – est devenu un symbole d'unité nationale, de la soumission de toute la population marocaine au même droit sans critère d'origine, mettant ainsi fin au « *dahir* berbère » stipendié.

Ainsi, entre 1957 et 1958 le Maroc rédigea son premier code de la famille, une compilation de règles, certes issues du *fiqh* malékite, mais dont le contenu rappelle le code égyptien de Qadri *Pasha* qui était lui-même une glose du *fiqh* hanéfite. Son élaboration fut confiée à une commission sous la direction du ministre de la Justice de l'époque qui rassembla un groupe d'*oulémas* connus pour leur conservatisme et leur nationalisme. Ce code avait, de fait, l'ambition de poursuivre la lutte des nationalistes pour imposer l'identité panarabe musulmane à tous les Marocains.

Le choix de lier la famille et son droit à une source strictement religieuse ne fut

pas la conséquence d'un hasard ni même d'une nécessité, mais découlait d'un projet politique soutenu par une vision très idéologique du destin futur du pays. D'ailleurs, le législateur ne faisait que reprendre les théories athéniennes et françaises, afin de créer les bases d'un nouvel État.

Fondant la légitimité du droit de la famille sur la religion, le Maroc décida de ne pas faire évoluer le droit et de s'en tenir à la compilation des textes déjà existants, bien qu'Allal El Fassi ait préconisé le recours aux autres écoles du *fiqh* pour répondre aux besoins des Marocains en ces termes : « [...] Le *fiqh* doit être utilisé avec raison. Car il n'est [le *fiqh*] qu'un moyen de cohésion sociale, et cette entente sociale est le but recherché »<sup>147</sup>.

Cette déclaration n'eut aucun effet sur le projet de loi final qui resta fidèle au rite malékite, ne tolérant aucun écart de la part du législateur. Après l'entrée en vigueur du texte, son application fut un semi-échec, notamment à cause du refus du législateur de recourir à aux autres écoles pour répondre aux défis rencontrés au quotidien comme d'autres pays arabo-musulmans l'avaient pourtant fait. En outre, le Maroc était un pays en cours de construction dans lequel l'analphabétisme, les disparités sociales et la survivance des coutumes compromettaient la compréhension et l'application de la nouvelle loi.

Finalement, cette nouvelle législation relative au droit de la famille, parvint à accomplir ce qui était sans doute son but premier, à savoir consolider le pouvoir en place et lier la famille à la religion dans le subconscient marocain. Comme le relève Rabea Naciri : « L'État s'est servi de la *Moudawana* comme d'une monnaie d'échange pour asseoir les fonctions juridiques, politiques et économiques du Maroc indépendant et affermir la légitimité du pouvoir [...], l'enjeu était de déléguer aux hommes le pouvoir de contrôler les femmes et de mettre en place un État patriarcal, dont les contours seront affinés par retouches successives et les bases consolidées par

---

<sup>147</sup> ZIZAOUI Rachid, « L'évolution historique du Code du statut personnel marocain », 2016, <https://ae.linkedin.com>.

étapes »<sup>148</sup>. Le refus de laïciser le droit de la famille rendit sa réforme synonyme de réforme de la religion musulmane dans l'esprit de beaucoup de Marocains, ce qui eut pour résultat de la rendre intouchable.

Une fois le code de la famille instauré et ses dysfonctionnements constatés, le corps judiciaire essaya tant bien que mal de l'adapter aux réalités de la société marocaine. Les présidents des tribunaux tentèrent de le moderniser à leur manière, en ayant notamment recours aux enquêtes de terrain. Mais la mainmise des conservateurs et nationalistes sur de nombreux circuits de pouvoir et d'influence mit fin à cet élan réformateur et scella le sort de la *Moudawana* pour de nombreuses années<sup>149</sup>. Ils évincèrent par la même occasion les juges de tout projet de réforme et confortèrent le privilège des *adouls* en matière d'application et compréhension du texte.

Cela fut d'autant plus frappant que durant cette même période où le Maroc initia de grandes codifications, le législateur tourna le dos à la religion dans de nombreux domaines. Ainsi le Code pénal adopté en 1963 ne porte aucune trace de la *chari'a*, si ce n'est lorsqu'il sanctionne le non-jeûne durant le ramadan au titre de délit. Dans le même ordre d'idées, la constitution de 1962, bien qu'elle entérine la dignité d'*Amir Al Mouminine* en faveur de la personne royale, tire avant tout sa légitimité d'un référendum populaire, et instaure un parlement élu.

La retenue du législateur en matière familiale est à rapprocher de la nature même de l'État marocain où le souverain est attributaire de l'éminente fonction religieuse d'*Amir Al Mouminine* et met en exergue l'ascendance liant les membres de la dynastie<sup>150</sup> à la famille du Prophète. De ce fait, il était inimaginable que la monarchie retouche ou réforme un droit d'inspiration religieuse, afin d'éviter, d'une

---

<sup>148</sup> NACIRI Rabéa, « La *Moudawana* et sa réforme : Le rôle de l'État », *Prologues*, hors-série, 3, 2002, p. 39-53.

<sup>149</sup> MURGUE Bérénice, « La *Moudawana* : Les dessous d'une réforme sans précédent », *Les Cahiers de l'Orient*, Centre d'étude et de recherches sur le Proche-Orient, n° 102, 2011, p. 15-29.

<sup>150</sup> Jusqu'à la fin de son règne, le roi Hassan II rappelait toujours le lien direct de la dynastie alaouite avec le prophète Mohammed, surtout dans les médias de l'époque.

manière générale, tout conflit avec les islamistes et en particulier avec le corps des *oulémas* profondément conservateur. De plus, il agit aussi par pragmatisme, faisant en sorte de soigneusement éviter toute interférence entre les domaines de la politique et du spirituel dans la mesure où les exemples passés de tels phénomènes se sont toujours traduits par des conséquences très fâcheuses, voire désastreuses.

Ainsi, entre 1974 et 1981, le code de la famille n'a subi aucune modification alors même que la libéralisation de la société et l'accès de la femme au marché du travail ont entraîné un changement substantiel du schéma social. Les réformes du statut des juges n'ont, pour leur part, rien apporté comme évolution positive. Mais un changement véritable, probablement sous-estimé par ses auteurs, fut introduit par la ratification des instruments internationaux, notamment la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. De ce fait, les femmes marocaines étaient en mesure de renouer avec le travail associatif, sans tutelle ni besoin d'émancipation.

Elles ont ainsi bénéficié d'une libéralisation et d'une libération de la parole dont les motifs sont multiples : ils sont notamment liés au désir d'un rapprochement avec l'Union Européenne qui a permis aux associations de développer leurs activités et de se démultiplier, passant de cinq associations féministes avant 1970 à vingt-sept entre 1970 et 1984, rassemblant parmi leurs membres des femmes de toutes les classes sociales. La libération de la parole de ces associations féministes qui leur a permis de formuler ouvertement leurs revendications à l'encontre de la *Moudawana* ont conduit aux premières tensions avec la frange conservatrice du pays.

Cette divergence de points de vue donna lieu à la production d'une intense rhétorique de la part de la sphère religieuse. Dès lors, toute idée de réforme fut assimilée à une *bida*, c'est-à-dire une création, ou une tentative de laïcisation, visant à détruire l'identité arabo-islamique du pays. Ce radicalisme abusif fut dénoncé par les intellectuels qui tentèrent, comme Fatima Mernissi<sup>151</sup>, de concilier leur foi et

---

<sup>151</sup> MERNISSI Fatima, *Beyond the Veil: Male-Female Dynamics in Modern Muslim Society* (revised

l'évolution des droits de la femme. Ces accusations de vouloir pervertir les foyers marocains, en y introduisant la débauche, conduisirent le pouvoir à décider de maintenir le *statu quo* entre les différents acteurs de la scène publique<sup>152</sup>.

L'acharnement dont fit preuve la sphère religieuse et conservatrice contre toute tendance réformatrice au début années 90, poussa les associations à rechercher des solutions au sein de l'islam lui-même tout en essayant de remettre en cause la sacralité de la *Moudawana*. Comme l'écrit Latifa Jbabidi, « On doit laisser la porte ouverte à la créativité et l'innovation, la recherche n'est pas étrangère à la culture marocaine. Donc on commence par nos traditions, en y incluant des valeurs positives et égalitaires »<sup>153</sup>. Les associations féministes essayèrent d'étayer la réforme en soutenant qu'elle participait d'un islam moderne, tolérant et plus égalitaire<sup>154</sup>. Ainsi, elles prenaient leur distance avec la vision que faisaient circuler les conservateurs à propos de leur action, les accusant de vouloir créer une société aux mœurs calquées sur le modèle occidental.

La brutalité du refus de tout dialogue sur la *Moudawana* atteignit son paroxysme quand un appel fut lancé aux associations et intellectuels islamistes, pour la défense de la *chari'a* et de la *Moudawna* présentées comme des matérialisations sociales de l'islam. Une *fatwa*<sup>155</sup> alla même jusqu'à légitimer le meurtre à l'égard des féministes, jugées comme traîtresses, impies et voulant saboter l'islam et la famille<sup>156</sup>.

---

edition) Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 1987, p. 136.

<sup>152</sup> MURGUE Bérénice, *op.cit.*

<sup>153</sup> WUERTH Oriana, « The reform of the Moudawana: the role of women's civil society organizations in changing the personal status code in Morocco », *Hawwa*, 2005, vol. 3, p. 309-332.

<sup>154</sup> Cette idée est défendue par Moulay Rachid ABDERRAZZAK dans sa thèse sur la condition de la femme au Maroc. Lire ABDERRAZZAK Moulay Rachid, *La condition de la femme au Maroc*, Thèse, Université Mohammed V, Rabat, 1985.

<sup>155</sup> Même si juridiquement, une *fatwa* est dépourvue de force obligatoire en ce qu'elle ne constitue qu'un avis, elle peut cependant avoir un grand retentissement au sein de la communauté musulmane selon la qualité de son auteur et son objet. Une *fatwa* peut être définie comme l'« opinion d'un juriste sur une question juridique ». COULSON Noël J., *op. cit.*, p. 222.

<sup>156</sup> « Ceux qui veulent modifier la *Moudawana* [...] veulent remplacer la vieille institution familiale [...] La demande de l'égalité des sexes et la revendication pour la femme de disposer d'elle-même ont une visée voulant faire de la société marocaine une société animale, licencieuse, athée, rejetant non

Voulant mettre fin à cette tension grandissante qui scindait la société marocaine en deux courants antagonistes, le monarque Hassan II intervint en sa qualité *d'Amir Al Mouminine* et gardien de la paix sociale. Si son intervention créa une brèche dans la sacralité de la *Moudawana*, elle ne l'a pas soustraite au champ religieux mais eut comme conséquence de conférer à l'institution *d'imarat al mouminine* la compétence exclusive pour toute réforme de *Moudawana*<sup>157</sup>.

Grâce à l'intervention du roi, une commission composée d'intellectuels<sup>158</sup> fut créée afin de recueillir les revendications associatives. Le caractère traditionnel et conservateur de la commission donna lieu à une réforme qui ignora les propositions initiales des associations, telles que la suppression de la polygamie et de la tutelle matrimoniale. Mais elle eut le mérite de consacrer le divorce judiciaire en préservant les droits de la femme après celui-ci<sup>159</sup>.

Malgré la suppression du *d'jabr*, le droit d'information en cas de polygamie et d'autres réformes mineures, les revendications jugées réellement libératrices furent ignorées par la commission qui ne respecta pas de la sorte les engagements du Maroc

---

seulement les textes du coran et de la sunna et les dispositions légales de la charia, mais aussi toutes les valeurs morales et religieuses mondiales au nom de la civilisation, de la modernité et du progressisme », **EL AYADI** Mohamed, « La femme dans le débat intellectuel au Maroc », *Prologues, revue maghrébine du livre*, Hors-série 3, p. 9-38.

<sup>157</sup> « J'ai entendu et écouté tes plaintes au sujet de la *Moudawana* ou de son application. Réfère-toi à moi. Garde-toi de mêler ce qui est du domaine de ta religion à ce qui relève du temporel et de la politique. Écrivez-moi il y a discrimination, il y a injustice. Mais laissez-nous réparer cela hors de la scène politique [...] je réunirai un groupe d'Oulémas à qui je demanderai de me préparer une réponse et de me faire des suggestions sur les points contenus dans vos rapports. Certaines propositions vous seront soumises et si les deux parties parviennent à se mettre d'accord [...] je prendrai alors les responsabilités qui m'incombent en tant que *Amir Al Mouminine* et en tant que père de famille, mais avant tout en tant que *Amir al Mouminine* », Discours du 41<sup>e</sup> Anniversaire de la révolution du Roi et du peuple, 20 août 1992.

<sup>158</sup> Des *oulémas*, professeurs, avocats et une seule femme du cabinet royal. **BRAND** Laurie, *Women, the state and the political liberalization: Middle eastern and northern African experiences*, Columbia University press, New York, 1998, p. 75.

<sup>159</sup> **ALAMI M'CHICHI** Houria, **BENRADI** Malika, **CHAKER** Aziz et alii, *Féminin-Masculin : La marche vers l'égalité au Maroc 1993-2003*, ImprimElite, p. 33 [Consulté le 21 octobre 2020].

en matière de droit de la femme et la maintenait dans un statut de mineure au sein de la famille. Cette réforme semblait incomplète, inachevée.

Les vrais apports de cette réforme ne se résumèrent pas seulement à la désacralisation du texte de la *Moudawana*. Elle donna également corps au nouveau souffle qui animait la société civile en général et les associations en particulier. L'introduction du mémorandum comme nouvel outil de dialogue entre le pouvoir et la société civile modifia le dialogue institutionnel en le complétant par un processus nouveau. Dès lors les associations continuèrent à travailler sur la sensibilisation aux droits de la femme, à la lutte contre l'analphabétisme et à l'émancipation féminine<sup>160</sup>.

Les réformes superficielles apportées par le nouveau texte ne répondaient pas à l'évolution que connut la société marocaine dans les années 90. Leur inefficacité tenait à de nombreuses insuffisances : la médiocre protection de la femme devant les pratiques de la polygamie et de la répudiation, la survivance du mariage des mineurs, et le maintien de l'inégalité entre les droits respectifs des époux. Quant au juge, son rôle était minime : limité à vérifier la concordance des dispositions adoptées avec le rite malékite, il était cantonné à un rôle de second plan.

Le décès de Hassan II marqua un nouveau tournant dans la lutte pour l'égalité et la justice sociale. À l'avènement de son règne, son fils Mohammed VI afficha publiquement son engagement pour l'égalité homme-femme ainsi que son souhait de voir évoluer le rôle de la femme dans la société marocaine, et cela au travers de plusieurs actions symboliques telles que son mariage avec une roturière dont le haut niveau culturel fut souligné, la participation de son épouse à un certain nombre d'activités officielles en rupture avec la tradition, et la promotion publique de la famille nucléaire du monarque.

Cet engagement du roi au profit des droits de la femme, surtout son parrainage du « Plan d'action pour l'intégration de la femme au développement » ou PANIFD

---

<sup>160</sup> WUERTH Oriana, *op.cit.*

élaboré par le gouvernement, permit aux associations et à la société civile de remettre la *Moudawana* et la condition de la femme au centre du débat public<sup>161</sup>. Ce fut une nouvelle fois l'occasion de mettre en évidence les divisions de la société, scindée en deux clans opposés réunis par des considérations politiques et idéologiques.

Ce projet fut mal accueilli parce qu'il ne traitait pas seulement des questions socio-économiques, mais aussi de la place de la femme dans l'ensemble du champ juridique marocain. La mission de la commission apparut comme un empiétement d'un organe laïque dans les affaires religieuses qui aurait dû relever du ministre chargé des questions confessionnelles<sup>162</sup> et ce malgré l'intervention royale qui rappela que la modernisation du pays passait par une intégration de la femme sur les plans social, économique et juridique<sup>163</sup>.

Suite à l'intervention du ministre des Affaires islamiques et habous qui était en place à cette, Abdelkébir A. Mdaghri, pour s'opposer au projet du gouvernement auquel il appartenait, les Marocains se retrouvaient partagés entre divers courants de pensée oscillant entre les plus conservateurs qui voyaient dans l'égalité homme-femme une destruction de la famille marocaine et une atteinte à la religion et les laïcs pour qui le progrès ne pouvait provenir que de l'abandon pur et simple du *fiqh* pour une approche rationnelle et positiviste du droit<sup>164</sup>. Pour rendre le débat plus complexe encore, le courant traditionaliste prétendait avoir une ambition égalitaire en mettant en avant les acquis du *fiqh* en matière des droits de la femme, oubliant par la même occasion les *hadiths* et les récits de la vie du Prophète<sup>165</sup> peu convaincants en la matière.

---

<sup>161</sup> BRAS Jean-Philippe, « La réforme du Code de la famille au Maroc et en Algérie : quelles avancées pour la démocratie ? », *Critique internationale*, 2007, n° 37, p. 93-125.

<sup>162</sup> MURGUE Bérénice, *op.cit.*

<sup>163</sup> BRAS Jean-Philippe, *op.cit.*

<sup>164</sup> ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz *et alii*, *op.cit.*, p. 53 [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>165</sup> MINCE Juliette, *Le Coran et les femmes*, Ed. Pluriel, Hachette, 1996, p. 20 et s.



De ce fait, la société marocaine se retrouva dans la même impasse que dans les années 80. Le courant conservateur, utilisant la même rhétorique, parvint à dresser l'opinion publique contre le projet de réforme qui refusa que le projet de loi soit soumis au parlement, jugeant celui-ci indigne et incompetent pour débattre d'une telle question.

Au cours de l'année 2000, les conservateurs islamistes ont organisé à Casablanca une marche massive pour dénoncer l'atteinte portée par une telle réforme à l'identité religieuse et nationale du pays, alors que les défenseurs de la réforme ont également organisé à Rabat une marche pour faire part de leurs attentes en matière de justice et d'équité au profit des femmes. Cependant, exceptées les mouvances les plus extrémistes des deux courants, les deux parties en présence ne niaient pas l'opportunité d'une réforme. La discorde portait en réalité sur ses modalités.

La partie conservatrice ne pouvait alors imaginer une réforme réalisée en dehors de la sphère religieuse qui soit fidèle au rite malékite. Ils contestaient une action qu'ils considéraient comme un mimétisme permettant l'importation d'idées étrangères visant à détruire l'identité de la femme marocaine, et par ricochet la société marocaine elle-même.

Ce sentiment était renforcé par la représentation populaire de la *charia*. En effet, les enseignements religieux imposent comme une loi générale que le texte coranique s'adresse à toutes les époques et à tous les lieux. Par extension beaucoup considèrent que le *fiqh* est lui aussi soumis à la même pérennité, ignorant qu'il est au contraire, de manière traditionnelle, une construction historique. Ainsi les fidèles et courants religieux attachés à cette vision refusent que les idées d'aujourd'hui contribuent à l'universalité du texte coranique<sup>166</sup>.

Face à une position aussi tranchée, le courant moderniste apparaît moins clair

---

<sup>166</sup> ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz *et alii*, *op.cit*, p. 55 et s. [Consulté le 21 octobre 2020].

dans ses revendications. Voulant éviter une confrontation directe il finit par adopter une attitude nuancée. Il revendiquait une relecture du texte, à la lumière du référentiel islamique afin de l'adapter aux engagements internationaux du Maroc. Cette stratégie les conduisit à parfois se trouver en accord avec les conservateurs sur la place de la femme dans la société marocaine. Il leur fallait pourtant tenir compte de la nouveauté dans leurs arguments pour convaincre les Marocains alors que les conservateurs puisaient la légitimité de leurs positions dans la culture patriarcale et inégalitaire bien ancrée dans la société marocaine<sup>167</sup>.

L'indécision et le flou entourant l'argumentaire du courant moderniste minèrent sa position au sein de la population marocaine. Elle était la conséquence de la présence de partis politiques au sein de ce mouvement, ce qui le contraignait à une position relativement traditionnelle et classique, construite sur le nationalisme et l'identité arabo-islamique du pays comme le démontre la description faite par un membre de l'USFP<sup>168</sup> dénonçant le plan d'intégration et qualifiant la réforme de « fille du sionisme » ou encore comme le fruit de « la volonté des grandes puissances pour imposer la laïcité »<sup>169</sup>.

Ayant atteint le stade du blocage, le conflit idéologique créait l'opportunité d'une intervention royale. En tant que prince des croyants, le roi ne pouvait rester indifférent à un débat qui mettait la société marocaine sous pression. Sa première démarche consista à demander que la société civile lui soumette un *mémoire*, traitant de tous les points susceptibles d'être réformés dans le droit de la famille.

Outre l'avis des associations féministes, le roi sollicita les *oulémas*. L'entreprise d'un processus de conciliation entre les deux grandes tendances du pays démontrait que malgré son attachement au développement des droits de la femme dans

---

<sup>167</sup> *Ibid*, p. 60 et s. [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>168</sup> L'Union socialiste des forces populaires est un parti politique de gauche marocain fondé en 1959.

<sup>169</sup> ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz *et alii*, *op.cit*, p. 61 [Consulté le 21 octobre 2020].

le pays, le monarque ne pouvait pas promouvoir une réforme qui se situerait hors du référentiel musulman comme le lui dicte la constitution dans son préambule et en sa qualité de commandeur des croyants.

Les plus grandes difficultés à laquelle fut confrontée la commission furent les divergences quant au référentiel islamique à suivre. Si les associations féministes optaient pour un islam moderne, les *oulémas* quant à eux se référaient à un islam issu d'une tradition bien plus orthodoxe. Au-delà de ce premier désaccord, se posait également la question de l'*ijtihad* dans la mesure où son utilisation impliquait que soit préalablement tranchée la question de savoir qui est habilité à interpréter les textes religieux. En sa qualité d'*Amir Al Mouminine* que lui reconnaît la constitution, le roi était le seul à jouir de ce privilège, mais la mission fut déléguée à la commission nommée par lui à cette fin<sup>170</sup>.

C'est ainsi que le roi Mohammed VI annonça lors de l'ouverture de la session parlementaire la mise en place d'une première commission, ne comportant que trois femmes, afin de préparer un projet de réforme du droit de la famille. Cette commission se devait alors de respecter les recommandations royales, à savoir rester fidèle au dessein d'un islam tolérant qui poursuit une quête de justice et d'équité. Dans ce discours l'accent fut mis sur le fait que l'*ijtihad* constitue un outil devant servir à améliorer les droits de la femme dans le pays.

Cette nouvelle commission avait donc pour principale mission de suivre les directives royales inspirées par un souci de modernisation du droit, et à une partie des demandes de la société civile, tout en inscrivant ses propositions dans le cadre de la religion et de la doctrine malékite comme le souverain devait le rappeler dans son discours devant le parlement : « Je ne peux [...] autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le très haut a autorisé »<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> WUERTH Oriana, *op.cit.*

<sup>171</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2e année législative de la 7e législature en date 10 octobre 2003.

La nouvelle réforme fut imposée tant aux parlementaires qu'à la société. Non contente d'aspirer à l'introduction d'un statut offrant plus de garanties aux femmes, elle cherchait aussi à apaiser les tensions entre les deux courants de pensée qui tiraillaient la société. Mais comme tous reconnaissaient au roi seul le pouvoir de l'*ijtihad*, cela le conforta dans son rôle d'arbitre en matière religieuse et lui permit de se placer au centre de la vie politique marocaine en jouant sur l'ambiguïté la caractérisant pour ce qui est de la part respective du spirituel et du temporel au sein de la société marocaine.

Concrètement, cette réforme cherchant avant tout à améliorer le statut de la femme marocaine, lui reconnut enfin sa place au sein du foyer, notamment à travers l'égalité entre époux. La répudiation fut transformée en un divorce judiciaire, c'est-à-dire avec une intervention systématique et obligatoire du juge. La nécessaire préservation de la dignité de la femme avait en effet été soulignée à de nombreuses reprises par le roi dans son discours<sup>172</sup>.

Contrairement à la réforme précédente, l'enfant et ses droits sont visés par ces nouvelles dispositions. L'âge du mariage y est porté à 18 ans pour prendre en considération l'évolution de la société et l'objectif de généralisation de la scolarisation. Le nouveau texte reconnaît des droits successoraux aux enfants de la fille comme à ceux du garçon. Il apporte des protections supplémentaires aux enfants au sein de la famille, ainsi qu'après la dissolution du lien matrimonial entre les parents. Cette croissance de la protection des droits de l'enfant ne s'est d'ailleurs pas arrêtée pas là. Elle s'est prolongée dans d'autres domaines, notamment dans la loi relative à la *kafala* et la nationalité<sup>173</sup>.

Pour la bonne application de cette réforme, le rôle du juge n'est pas des

---

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> En plus du droit de la famille, le Maroc a songé à faire évoluer son droit de la nationalité en 2007 et la loi qui régit la *kafala* en 2002.

moindres. Dans son effort de laïcisation juridique, le législateur a mis l'accent sur son rôle, en réduisant les fonctions des *adouls* à n'être désormais que des auxiliaires de justice. Ce nouveau rôle du juge s'accompagne de la confirmation que lui est conférée la capacité d'interpréter la loi et de combler les lacunes du texte législatif, en faisant preuve de bon sens. Pour ce faire, contrairement à l'ancienne version du texte, il est autorisé à recourir aux autres écoles du *fiqh*<sup>174</sup> afin de mener à bien sa mission.

Malgré les avancées, *a priori* remarquables, de ce texte de loi, il souffre de quelques ambiguïtés de rédaction qui se sont avérées ensuite problématiques, constituant une source récurrente d'atteintes importantes aux droits des femmes. La tolérance, même minime de la polygamie, reste l'un des points très controversés de la réforme. Son maintien laisse entendre qu'il s'agit d'un droit accordé à l'homme par Dieu, ce qui constitue pour nombre d'individus une incitation à frauder la loi afin d'y accéder sans aucun sentiment de culpabilité, voire même avec une bonne conscience. De plus, les dispositions transitoires prévues en matière de contrat de mariage ont trop souvent conduit les juges à se transformer en gardiens vigilants de la vertu publique au détriment d'une application sereine de la justice.

L'ambiguïté de certaines dispositions, conjuguée à la méconnaissance du *fiqh* de nombreux magistrats les a trop souvent conduits à s'en tenir à des convictions très personnelles, délaissant l'esprit du code de la famille<sup>175</sup> tel que conçu par le roi. Il est fréquent que des juges entérinent les mariages de mineures au nom de leur supposée vertu sociale mais refusent les tests ADN au nom de la protection de la dignité familiale. Ainsi le juge que la réforme a érigé en promoteur actif de l'innovation juridique devient en réalité l'artisan de son sabotage.

Au-delà de ces premiers éléments ayant réduit l'efficacité de la réforme, le semi-échec du Maroc à moderniser les infrastructures a aussi joué défavorable. Les

---

<sup>174</sup> C'est-à-dire des trois autres écoles sunnites : les rites hanéfite, chaféite et hanbalite. Voir **BLANC** François-Paul, *op.cit.*

<sup>175</sup> A partir de 2004 l'appellation du Code de la famille remplace l'appellation *Moudawana*.

carence d'une formation continue pour les juges qui permettrait non seulement de les adapter aux situations nouvelles mais également aux dispositions nouvelles<sup>176</sup>, le manque d'effectifs spécifiques affectés aux tribunaux de la famille qui conduit les juges à intervenir simultanément dans différents domaines du droit et à ne pas se spécialiser dans le contentieux familial<sup>177</sup>, le vieillissement du corps judiciaire et enfin la difficulté à faire accepter le principe de l'égalité homme-femme qui constitue une innovation conceptuelle difficilement admise dans toutes les sphères de la société marocaine. Tous ces facteurs sont à considérer pour expliquer la persistance des attitudes réactionnaires et les résistances à l'égalité ou la modernité<sup>178</sup>.

Lorsque les difficultés matérielles et logistiques sont telles qu'elles influencent le travail des juges, elles sont de nature à porter atteinte au but que le législateur s'est fixé lors de la présentation d'une réforme. Il y a là une expérience assez commune qui dépasse le cadre d'un pays. L'instauration de tribunaux de la famille n'a pas échappé à cette règle, le défaut d'affectation des ressources nécessaires à la création de cette juridiction voulue « équitable, moderne et efficiente »<sup>179</sup> a largement contribué à compromettre la réforme.

Ce sont donc de multiples obstacles qui ont retardé l'instauration d'une véritable égalité femme-homme pour répondre aux aspirations formulées en 2003 par de nombreuses composantes de la société marocaine. L'évolution juridique du Maroc, notamment sur le plan constitutionnel, les mouvements et revendications d'une société

---

<sup>176</sup> Seulement 25 % des juges de la section familiale bénéficient de la formation continue et seulement 17 % e ces juges ont droit à des formations en sciences humaines. **Ministère de la Justice et liberté**, *La justice familiale, réalité et perspectives : dix ans d'application, étude analytique et statistique : 2004-2013*, Maroc, mai 2014, p. 91-92.

<sup>177</sup> 49 % des juges affectés aux affaires familiales, ne le sont pas de façon exclusive, mais ils interagissent sur d'autres affaires relatives au droit commercial, droit civil et droit du travail. **Ministère de la justice et liberté**, *Ibid*, p. 81.

<sup>178</sup> **BENRADI** Malika, **MOUAQIT** Mohamed, **ZEIDGUY** Rabha, **OUNNIR** Abdellah *et alii*, *Le Code de la famille : perceptions et pratique judiciaire*, Friedrichebertstiftung, Maroc, 2007, p. 150-151.

<sup>179</sup> Préambule du Code de la famille.

civile au sein de laquelle se répand désormais une connaissance de plus en plus pointue de ce qui se passe au-delà de la frontière nationale impliquent une poursuite des transformations du droit de la famille. Profitant des moyens de communication modernes, la société civile dispose désormais presque quotidiennement de nouveaux arguments pour dénoncer les insuffisances des textes et le silence gêné ou complice des autorités.

Les expériences vécues dans les années 1980 et 2000 font apparaître que toute nouvelle réforme en droit de la famille ne peut pas seulement reposer sur le travail des associations de terrain, mais doit aussi être épaulée non seulement par le législateur qui doit penser le droit autrement afin de prendre en compte les mutations sociales, mais encore par le juge qui doit changer sa façon d'appliquer le droit en s'imposant de s'affranchir de tout préjugé ou conviction personnelle, car l'équité et la justice annoncées ont déjà dix-sept années de retard.

Pour faire évoluer sa législation du droit de la famille, le Maroc doit faire preuve de courage. Il doit faire face à l'injustice criante que vivent encore trop de femmes et d'enfants. Il ne peut prétendre que tout se passe pour le mieux mais au contraire chercher les racines de dysfonctionnements qui l'affligent pour mieux les éradiquer. Une fois les causes des injustices repérées et définies, le législateur de concert avec tous les Marocains pourra en venir concrètement à bout. Le chemin d'une réforme digne d'un pays qui aspire à devenir un jour un modèle sur son continent, pourrait passer par un intense travail conceptuel pour rendre à sa foi musulmane, la vitalité créatrice qui a été la sienne dans un passé dont le Maroc est un témoin privilégié.

Ainsi la question qui se pose aujourd'hui est de déterminer les modalités idoines pour permettre au législateur de réussir à réformer efficacement le droit de la famille. Pour y répondre, il est primordial d'identifier et formuler toutes les problématiques liées à la protection de la femme et de l'enfant qui subsistent dans l'actuel Code de la famille marocain (**Partie 1**) pour ensuite dégager les éléments

fédérateurs de cet effort de modernisation et préciser notamment les rôles respectifs qui incomberont de divers acteurs sociaux et juridiques dans ce processus (**Partie 2**).



## **Partie 1. Une réforme visant à redéfinir les places de la femme et de l'enfant en droit de la famille marocain**

Dans le monde arabo-musulman contemporain, la place de la femme et de l'enfant au sein de la famille et de la société est toujours sujette à débats et contestations. Le Maroc, pays relevant au moins partiellement de la tradition arabo-musulmane, n'échappe pas à ce phénomène. Oscillant entre le conservatisme qu'incarne cette tradition et la modernité dont participent les droits de la femme et de l'enfants, et plus largement les droits de l'homme, les acteurs sociojuridiques ont essayé d'apporter des réponses aux questions qui se posent aujourd'hui au législateur et qui interrogent la société tout entière.

Pour mener à bien cette entreprise ô combien délicate, les Marocains doivent parvenir à concilier des conceptions divergentes de la famille et de son rôle sociétal dont dépendent bien évidemment les droits attachés aux membres qui la constituent. Ils'agit donc de déterminer si les membres de la famille marocaine doivent continuer d'être discriminés sur la base de critères de genre et d'âge de nature traditionnelle et religieuse, ou si leur appartenance à l'humanité, au genre humain, doit conduire à faire disparaître toute différence de régime fondée sur le sexe et à mettre en œuvre les droits humains tels que définis par les instruments internationaux auxquels le Maroc a adhéré.

A l'heure actuelle, dans une société où se dessine le retour d'un

certain conservatisme, la modernisation juridique apparaît quelque peu douteuse dans la mesure où la construction du statut juridique de la femme semble devoir continuer à s'établir selon un format théologico-traditionnel (**Chapitre 1**), tout comme celui des enfants (**Chapitre 2**), démontrant que le Maroc peine à se conformer au droit international.

## Chapitre 1. La construction d'un droit moderne de la femme compatible avec la *charia*

Tirailé entre la modernité et de la tradition, le Maroc a fait évoluer son droit au cours des dernières décennies pour mieux répondre aux exigences juridiques internationales et sociologiques internes. Tous les domaines ont été touchés par une vague de nouveautés, comme en témoigne la constitution de 2011, qui pose un principe d'égalité sociétale entre l'homme et la femme. Deux domaines plutôt sensibles ont cependant échappé à ces transformations : la transmission des biens (**Section 1**) et la polygamie (**Section 2**).

### Section 1. La persistance de l'inégalité successorale

Construit sur une base inégalitaire pour l'époque, le droit musulman des successions trouve ses origines dans les textes coraniques et *hadiths* prophétiques. Selon les exégèses, cette législation se voulait révolutionnaire car elle mettait fin aux grandes disparités successorales inhérentes à l'inégale capacité de chaque individu de défendre la tribu contre les raids et les *razzias* des tribus concurrentes. Aux temps préislamiques, une large frange de la population restait ainsi hors du cercle des récipiendaires potentiels des successions<sup>180</sup>. La législation muhammadienne apportait

---

<sup>180</sup> « Ibn Abbas a dit : « Lorsque le verset des successions fut révélé, les gens éprouvèrent un certain embarras, se demandant comment peut-on attribuer une part à la femme, à la fille et au mineur alors qu'aucun d'eux ne participe à la guerre, ni emporter butin ? Puis les uns d'entre eux dirent aux autres : « ne discutez pas de cela, peut-être l'Envoyé de Dieu –qu'Allah le Bénisse et le salue- l'oublie ou le change ». Mais plus tard on lui dit : « Ô Envoyé de Dieu, comment peut-on donner la moitié de la succession à une fille qui ne monte jamais à cheval et ne combat pas, et attribuer une part au mineur

un peu de dignité aux catégories oubliées de la société. Ainsi la femme passa du statut de bien, à celui d'héritier potentiel capable de jouir de droits patrimoniaux<sup>181</sup>.

Dès lors, le droit musulman de l'époque paraissait novateur, en reconnaissant sinon une égalité absolue entre homme et femme du moins une proximité de statut. Si la législation coranique n'avait pas comme fin d'éradiquer le patriarcat, du moins elle s'efforçait d'en moduler les effets sur les personnes les moins considérées. Ainsi les quotas de succession furent établis de façon à rétablir un degré de justice au sein du foyer<sup>182</sup>.

C'est à cette occasion que furent révélés les versets 11 et 12 de la quatrième sourate. Ce sont ces versets, avec le verset 176 de la même sourate, qui posent les bases du droit des successions au Maroc et dans la plupart des pays arabo-musulmans. Le droit marocain respecte de la sorte les rites en place et incorpore, par la même occasion, quelques innovations afin de répondre aux changements sociétaux survenus ces derniers siècles<sup>183</sup>.

En matière de droit de la famille, le Maroc a laissé de côté le droit civil du dahir de 1913<sup>184</sup> et s'est inspiré du législateur tunisien qui, malgré la libéralisation du droit du statut personnel sous la présidence de Bourguiba, a maintenu un droit successoral d'inspiration musulmane. Dotant le Maroc d'un nouveau code du statut personnel en

---

qui n'est bon à rien ? ». À savoir qu'au temps de la *Jahilia* on ne réservait une part de l'héritage qu'à celui qui combattait en préférant l'aîné aux autres, mais ce verset (verset 11) fut révélé afin que chacun reçoive ce qu'il a de droit » **BEN 'UMAR BEN KATHÎR** Imâd ad-Dîn Abû al-Fidâ' 'Ismâ'îl, *Tafsir du Coran*, Dar Ibn Hazem, p. 447- 450.

<sup>181</sup> **MASSON** Denise, « Versets 11, 12, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard ; *Ibid.*

<sup>182</sup> **MONJID** Mariam, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 259.

<sup>183</sup> L'Égypte fut le premier pays à introduire la représentation successorale en 1946, dans sa réforme du droit du statut personnel, s'inspirant du *zahirisme*. École qui est rejetée et critiquée par les courants les plus orthodoxes du sunnisme. Cette innovation va dès lors trouver écho dans le reste des codes de statuts personnels. **BLANC** François-Paul, *op.cit.*, p. 128.

<sup>184</sup> Dahir du 9 ramadan 1331 formant Code des obligations et des contrats (BO 12 septembre 1913).

1958, le Roi Mohammed V voulait mettre fin au droit coutumier et régional, et instaurer une législation uniforme puisant sa source dans les directives coraniques telles qu'interprétées dans le rite malékite.

Ce choix du droit musulman fut opéré alors même que certaines mesures avaient déjà été sujettes à critiques à l'aube de l'indépendance<sup>185</sup> de la part d'intellectuels estimant qu'elles ne répondaient pas à l'évolution de la situation socio-économique du Maroc. Ainsi était-il décidé que le droit de la famille marocain devait rester fidèle, dans son ensemble, à la tradition en matière de statut personnel, sans apporter de solution moderne<sup>186</sup> aux difficultés rencontrées par la société marocaine qui était alors en pleine transformation et qui trouva par elle-même les moyens de la régler<sup>187</sup>.

Ce choix fit du statut personnel marocain, premier du nom, une sorte de glorieux regroupant le *chraa* ou droit religieux de l'époque composé de lois écrites et non écrites. Contrairement au statut personnel égyptien jugé précurseur en matière de droit familial, il constitue un ensemble de lois disparates obéissant davantage aux besoins du moment qu'à un projet social à long terme<sup>188</sup>.

Ainsi, est mis en place un système national en matière de statut personnel. Seule

---

<sup>185</sup> Etait notamment visée par ces critiques la tutelle matrimoniale, exercée par les hommes sur les femmes, alors que la situation de la femme avait beaucoup changé. **EL-FASSI** Allal, *Autocritique*, Al maktbaa al alamiya, 1<sup>e</sup> éd., 1956, p. 263.

<sup>186</sup> Cela fut déjà dénoncé en 1956 par Allal El-Fassi, dans son ouvrage *Autocritique*, qui reprochait alors au pouvoir en place de laisser les tribus et régions rurales pour compte, permettant ainsi à un droit auxiliaire de se développer, voire de prendre parfois l'ascendant sur le droit étatique, **EL-FASSI** Allal, *op.cit.*, p. 262.

<sup>187</sup> C'est en partie ce qui explique la survivance du droit coutumier Amazigh *Izrf* malgré les différentes interventions, au fil du temps, des autorités protectrices ou des autorités nationales. La résistance coutumière se comprend également par le fait que ce droit qui obéit à ses propres mécanismes et change selon les besoins et circonstances, d'une tribu à une autre. **EL KHATIR** Aboulkacem, « Droit coutumier Amazigh face aux processus d'institution et d'imposition de la législation nationale au Maroc », *Rapport*, p. 57.

<sup>188</sup> **TOBICH** Faiza, *op.cit.*

la communauté israélite<sup>189</sup> marocaine est renvoyée à ses propres instances et droit tandis que les autres minorités sont soumises au droit marocain<sup>190</sup>. En droit des successions, l'exception ne joue cependant pas. Du moment qu'une personne jouit de la nationalité marocaine, lui est appliqué le droit musulman, sans nul égard à sa confession.

Figéant leur science dans l'interprétation littérale, les *oulémas* ayant supervisé l'élaboration du nouveau texte, amputent la théologie successorale de toutes ses lettres de noblesse forgées dans un double savoir, l'un lié à la raison et l'autre à la connaissance des traditions locales, dont la savante combinaison avait jusque-là permis de répondre aux questions de partage de la succession<sup>191</sup>.

Les *oulémas* en 1958 ont mis en place un droit des successions qui reprend, mot à mot, le Coran. Sans réelle innovation, ce code a l'allure d'un manuel simplifié d'application du droit des successions, omettant toute forme d'*ijtihad*. C'est en tout cas le souhait qu'avait exprimé Mohammed V<sup>192</sup>.

La seule innovation notable fut l'introduction de la représentation successorale, dont le seul bénéficiaire est le petit-fils issu du fils en cas de la mort prématurée de celui-ci. Cette vision s'explique par des considérations d'ordre patriarcal. A l'époque, seul l'homme est perçu comme source de revenus pour la famille, ce dont rend aussi

---

<sup>189</sup> Le Statut personnel de 1958 ne fait aucune mention de la communauté israélite, il faut attendre le code de la famille de 2004, pour que enfin une indépendance judiciaire leur soit reconnue officiellement avec l'article 2 « ... Les marocains de confession juive sont soumis aux règles du statut personnel hébraïque marocain ».

<sup>190</sup> Dès que les rapports concernent des marocains ou des musulmans le droit qui leur est applicable c'est le droit marocain comme l'explique l'article 2 : « Les dispositions du présent Code s'appliquent: 1) à tous les Marocains, même ceux portant une autre nationalité; 2) aux réfugiés, y compris les apatrides conformément à la convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés; 3) à toute relation entre deux personnes lorsque l'une d'elles est marocaine; 4) à toute relation entre deux personnes de nationalité marocaine lorsque l'une d'elles est musulmane... ».

<sup>191</sup> **IBN KHALDOUN**, *Les prolégomènes*, Livre III, Institut de France, 1863, p. 29.

<sup>192</sup> « Qu'étant donné que la matière du droit musulman par son volume, sa diversité et sa complexité peut se prêter à de multiples interprétations [...] Qu'il est urgent et primordial d'en rassembler les prescriptions dans un code pour en faciliter l'apprentissage et pour en assurer une meilleure application [...] », **LAMADDEB** Badreddine, *op.cit.*, p. 10.

compte la formulation de l'alinéa 4 de l'article 36 du même *corpus*<sup>193</sup>.

Avant même son application, le code de 1958 était donc condamné à montrer ses limites. À partir des années 60, le pays aspirait à répondre aux questions et besoins qui se posaient à lui, ce qui impliquait une modernisation de son droit et notamment celui de la famille, afin de tenir compte de l'évolution de la place de la femme au sein des foyers, particulièrement au sein de la classe moyenne<sup>194</sup>.

La réforme apportée par le roi Hassan II ne change rien au texte initial et ne fait au contraire que le renforcer. Réalisée en 1993, elle passe d'ailleurs presque inaperçue dans une société marquée par la place traditionnelle dans laquelle la femme est maintenue en dépit de l'écho que reçoivent les discours de plus en plus favorables à l'amélioration de la condition féminine.

Le but de cette opération juridique était seulement d'apaiser une société marocaine au bord de l'embrasement. Les questions importantes comme la polygamie et les successions ont été passées sous silence ou timidement traitées par le législateur. Malgré cela, la réforme déplut au courant conservateur, qui voyait en elle, une atteinte au seul code qui renvoyait à l'identité islamique et malékite du pays.

Conformément à l'attitude réfractaire à l'égard de toute relecture des textes religieux du législateur en 1958 dans la mesure où il était influencé par la structure sociale traditionnelle, et notoirement du patriarcat de la société marocaine, celui de 1993 a justifié la véhémence de ce refus par le lien existant entre les sources textuelles sacrées et la famille. En effet, tout ce qui est en rapport avec la famille a été formulé dans le Coran sous forme d'injonction aux croyants.

Cette perception du droit dépasse le cadre de la polygamie ou des successions.

---

<sup>193</sup> Aux termes de cet article : « Les droits du mari à l'égard de sa femme sont : [...] 4° La charge de veiller à la marche du foyer et à son organisation [...] ».

<sup>194</sup> MURGUE Bérénice, *op.cit.*

Elle instaure un réel déséquilibre au sein de la famille en se fondant sur la notion de *qiwama*, c'est-à-dire le rôle de l'épouse se limitant au foyer. Le respect dû à l'époux concerne certes toute la famille<sup>195</sup> mais dans les relations internes au couple régies par les convenances<sup>196</sup>, seule la femme est tenue au devoir de fidélité envers son mari<sup>197</sup>.

Loin de pouvoir apporter des réponses aux revendications sociales du moment, la nouvelle législation a malgré tout le mérite d'ôter toute sacralité au texte du statut personnel et, de la sorte, de préparer le chemin aux débats qui ont ensuite conduit à l'adoption de la réforme de 2004, qui inaugura le règne du Monarque Mohammed VI<sup>198</sup>. La démarche de ce dernier s'inscrit délibérément dans l'ordre du fondamentalisme marocain<sup>199</sup>. Lors de son célèbre discours devant le parlement à l'occasion de l'ouverture de la session parlementaire d'automne, le souverain rappelle qu'il ne peut pas aller à l'encontre de la volonté divine en autorisant ce qui a été interdit par Dieu lui-même<sup>200</sup>.

Mais l'actuel Code de la famille, tel qu'issu de la réforme de 2004, est devenu à son tour caduc après l'adoption du nouveau texte constitutionnel en 2011. Celle-ci porte les espoirs des Marocains qui aspirent à plus d'égalité entre les genres du fait de la formulation de son article 19 : « L'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental [...] dans le respect des dispositions de la constitution, des constantes

---

<sup>195</sup> Article 36 de la *Moudawana* de 1958.

<sup>196</sup> Articles 35 et 36 de la *Moudawana* de 1958.

<sup>197</sup> LAMADDEB Badreddine, *op.cit.*, p. 10.

<sup>198</sup> EL HAJJAMI Aicha, « Le processus de réforme du Code de la famille et ses innovations, en particulier celles relatives à la parentalité et aux droits des enfants », *Compte-rendu d'activités, les parentalités en Afrique du Nord*, Le carnet du Centre Jacques Berque, mai 2016.

<sup>199</sup> À la différence de l'intégrisme, le fondamentalisme tel que feu Hassan 2 l'a expliqué dans l'émission « l'heure de vérité » du 17 février 1989, est le fait que le Maroc s'attache à un islam sunnite de rite malékite, interdisant par la même occasion toute sorte d'intégrisme religieux.

<sup>200</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2e année législative de la 7e législature en date du 10 octobre 2003.



et des lois du royaume »<sup>201</sup>.

Ce paradoxe constitution/droit de la famille a pris encore plus d'ampleur quand le Maroc a décidé de lever toutes les réserves qu'il avait émises au moment de la ratification de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes<sup>202</sup>. Dès ce jour le droit des successions est devenu un point sensible car il se situe à la convergence de textes formulant des règles contradictoires parce qu'ils reposent sur des principes tout aussi contradictoires.

Pourtant, le modèle social tel qu'envisagé par la tradition marocaine et les textes musulmans a subi un net recul face aux nouvelles idées et conceptions véhiculées par la mondialisation et le modernisme, ce qui explique l'ardeur des contestations du mode de liquidation successorale qui reste encore trop proche des textes d'origine. C'est le seul domaine où les modalités de partage sont clairement et précisément détaillées, alors que dans d'autres domaines du droit de la famille où des procédures ont été mises en place ultérieurement<sup>203</sup> ne bénéficient pas d'un aussi grand soin quant à leurs modalités de mise en œuvre.

- La femme dans le cadre de la succession classique

Le législateur de 2004 a décidé d'adopter une position sibylline en matière de successions parce qu'il organise le droit des successions en laissant apparaître sept principes fondamentaux : la primauté de l'intérêt général, la prise en compte des liens unissant les héritiers et le *de cuius*, la prise en considération de la place de la femme dans la société, la distinction entre droit et obligation, l'héritage est l'un des derniers droits que doit le défunt et enfin la succession n'est qu'un moyen d'enrichissement

---

<sup>201</sup> Dahir n° 1-11-91 du 29 juillet 2011 (27 chabbane 1432) portant promulgation de la constitution.

<sup>202</sup> Maroc : Une grande victoire pour les droits des femmes, Communiqué, Fédération internationale pour les droits humains [Consulté le 23 janvier 2020].

<sup>203</sup> Pour la répudiation par exemple, aucune modalité n'a été fixée au préalable, **MONJID** Mariam, *op.cit*, L'Harmattan, 2013, p. 260.

parmi tant d'autres<sup>204</sup>. Par cette approche orientée, le législateur a non seulement contribué à préserver un certain nombre de pratiques clandestines, mais en outre à maintenir la femme dans sa précarité antérieure. Alors que s'il avait usé d'*ijtihad* et d'autres modes analogues de création du droit, il aurait pu instaurer des règles successorales plus égalitaires<sup>205</sup>.

Cette attitude découle toujours de l'idée reçue que les textes coraniques sont immuables, ne pouvant servir que pour les cas qui en ont motivé la révélation. Enfermé dans cette logique contraignante, le législateur marocain a développé un système complexe et complet pour le calcul des parts d'héritage toujours fondé sur le donné textuel initial alors que pour d'autres questions qui se sont, elles aussi, posées depuis la fondation de la société musulmane, il a trouvé des subterfuges, pour contourner ou pallier les manques de la *charia*<sup>206</sup>. Le regard porté sur la femme trouve sa source dans une interprétation locale des écritures coraniques et de la *Sunna* qui était à l'époque surtout inspirée de la tradition de *Yathrib*<sup>207208</sup>.

Après la réforme de 2004, un sentiment réactionnaire a commencé à se développer chez beaucoup de Marocains. Pour eux, le droit des successions doit alors rester en l'état, constituant l'ultime domaine juridique que l'occidentalisation ne doit

---

<sup>204</sup> **BELHERKATE** Kamal, *La spécificité du régime successoral en droit marocain*, Ed. Électronique, p. 10 [Consulté le 20 janvier 2020].

<sup>205</sup> C'est une idée qui se dégage depuis l'époque dite de l'âge d'or islamique. *Al-Farabi* (Alpharabius) disait : « nécessaire le renouvellement de la loi et son adaptation aux circonstances qui changent [...] une loi au moment de sa fondation constitue une innovation et que le processus d'innovation ne s'arrête pas ». cette idée ressurgit au moment de la renaissance de la pensée islamique comme en témoigne les propos du Cheikh Mohamed Abduh : « la règle [...] veut que chaque fois qu'il en est besoin sa [Dieu] miséricorde fait paraître parmi les hommes ceux qu'il distingue par sa bienveillance, afin qu'ils établissent les règles assurant les intérêts généraux de la société ; et cela jusqu'à ce que le genre humain se fortifie et que les signes qui jalonnent la voie conduisant à son bonheur se multiplient suffisamment pour le guider ». **POUPART** André, *Adaptation et immutabilité en droit musulman : l'expérience marocain*, L'Harmattan, 2010, p. 131.

<sup>206</sup> **MONJID** Mariam, *op.cit.*, L'Harmattan, 2013, p. 261-262.

<sup>207</sup> Un des noms de Médine

<sup>208</sup> **MOULAY RCHID** Abderrazzak, *La condition de la femme au Maroc*, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Rabat, 1985, p. 436.

pas pouvoir atteindre. Le droit marocain n'a donc pas su dépasser un diktat social conforté par l'interprétation coranique d'une frange de la population soutenue par des *oulémas* réactionnaires. Ainsi le statut successoral de la femme est demeuré au rang imposé par le quota coranique qui l'avait tiré du néant<sup>209</sup> pour l'élever à la portion congrue.

Pour le commun des Marocains, la laïcisation du droit et sa modernisation excessive peuvent conduire à la décadence et au démantèlement de la structure familiale<sup>210</sup>. Les conservateurs s'appuient sur ce sentiment populaire pour limiter l'accès de la femme à l'indépendance financière, quitte à garder la question de la succession en suspens, en invoquant les textes coraniques comme arguments irrévocables puisque leur remise en cause est impossible. Le Maroc continue donc à se baser sur des textes qui doivent -et qui peuvent- pourtant être réévalués si les conditions sont réunies. Cette inégalité maintenue par les textes et la pratique sociale entretiennent un modèle pervers du patriarcat, conduisant au maintien dans un statut marginalisant, d'une moitié de la population qui participe pourtant à la transformation de la société.

En cantonnant les femmes dans une case sociale définitivement définie, malgré tous les efforts qu'elles peuvent faire à l'intérieur ou à l'extérieur du foyer, la législation ne leur reconnaît et ne leur permet qu'une contribution minime dans les domaines social et économique et réduit d'autant leur possibilité de contribuer à l'épanouissement du ménage, comme le souligne le rapport du Conseil national des droits de l'Homme, qui évoque le carcan traditionnel dans lequel la femme est emprisonnée à vie, fixant par la même occasion les deux genres dans le schéma

---

<sup>209</sup> « La tendance était d'écarter les femmes du partage des biens immobiliers. Dans les tribus moins pénétrées du Grand Atlas, les femmes n'ont plus qu'une part inférieure à celle que leur accorderait le *cadi*. Encore la pression de l'opinion publique est-elle suffisante pour les amener à renoncer le plus souvent à leur part d'héritage », **MARTY** Paul, « *L'orf des beni m'tir* », *la Revue d'Études Islamiques*, P. Geuthner, 1928, p. 482-509.

<sup>210</sup> **BENTAYEB** Khouloud, *La réforme du divorce en droit marocain : entre tradition religieuses et influences occidentales*, Mémoire, Université catholique de Louvain, 2015, p. 43.

classique de « Monsieur gagne-pain » et « Madame au foyer »<sup>211</sup>.

Dès lors, domine l'idée d'une simple plus-value domestique qui désigne la valeur du travail exercé hors du foyer par la femme qui lui permet de prétendre à des droits économiques. Comme l'opinion publique marocaine considère majoritairement que la place d'une « femme sérieuse » est auprès de sa progéniture, la dynamique de l'accès au travail stagne depuis des années<sup>212</sup>. Ainsi près de 76% des femmes inactives sont des femmes au foyer.

C'est cette différence d'activité qui détermine la valeur économique et sociale de la femme dans la société. Son statut inégal est la contrepartie de l'entretien que peut lui prodiguer en son foyer l'homme dont elle dépend, grâce à son travail à l'extérieur de la maison. En conséquence, la femme ne peut prétendre aux mêmes droits civils et économiques que son concitoyen masculin<sup>213</sup>, notamment en matière successorale.

Un autre facteur entrant dans le calcul de la succession est la *Qwama*<sup>214</sup>. Cette vision archaïque des rapports entre les genres se justifie par le contexte sociopolitique de la communauté musulmane de l'époque de la révélation<sup>215</sup>. Mais aujourd'hui dans un monde où le marché du travail offre des postes susceptibles de convenir autant aux femmes qu'aux hommes, cette approche n'a plus lieu de subsister. Malgré cela les sphères conservatrices continuent à revendiquer l'interprétation la plus classique et

---

<sup>211</sup> **Conseil national des droits de l'homme**, *État de l'égalité et la parité au Maroc*, Rapport, 2015, p. 24.

<sup>212</sup> **MASMOUDI** Khadija, « Le Maroc, paradis de femmes... au foyer ! », *L'Economiste*, n° 5243, 3 avril 2018 [Consulté le 24 janvier 2020].

<sup>213</sup> **Conseil national des droits de l'homme**, *op.cit.*, p. 15.

<sup>214</sup> « La majorité des exégètes ont interprété ce concept, comme étant l'aptitude de l'homme à être le chef de la femme, son supérieur, celui qui dirige [...] Etant donné que les hommes ont l'obligation d'entretenir toute la famille, y compris l'épouse, cette dernière est supposée être, par conséquent et par reconnaissance, soumise à cette autorité masculine », **LAMRABET** Asma, « *Al-qiwamah* légitime-t-elle la domination masculine ? », *Economia* [le 24 janvier 2020].

<sup>215</sup> *Ibid.*

littérale<sup>216</sup>. C'est donc sur cette base que la succession est établie, pour la femme en *fardh*<sup>217</sup>. Ce mode de partage ne prend pas en considération l'apport de la femme dans l'enrichissement du foyer durant la vie du *de cuius*, mais se concentre sur l'examen de son degré de parenté avec lui.

L'argument avancé par la fraction réactionnaire des *oulémas* est que la femme n'est tenue de participer en aucune façon aux charges de la maison ni aux dépenses liées à la vie commune<sup>218</sup>. Cependant, cette interprétation qui était sans doute encore soutenable il y a quelques décennies, tombe en désuétude dès lors que la femme commence à intégrer le marché du travail et que son revenu personnel influe significativement sur le train de vie du foyer. Sur ce point, le droit marocain n'a hélas pas tenu compte d'un certain nombre de décisions de jurisprudence datant de la période historique des Califes qui peuvent être perçues comme en avance sur leur époque en ce qu'elles prenaient en considération l'apport de la femme dans l'enrichissement du foyer<sup>219</sup>.

Un autre principe successoral qui influence le calcul des parts héréditaires est le principe du *tasi'b*<sup>220</sup> dans le cas où la descendance est exclusivement féminine. Il va de pair avec celui de *qiwama*, et procède de la même justification : les formules du partage successoral furent révélées de manière à améliorer la condition de la femme tout en restant ancrées dans l'espace-temps de la révélation coranique.

---

<sup>216</sup> « Le Coran ne fait que se placer dans le contexte général et culturel de l'époque qui était, rappelons-le, aussi celui de toutes les autres sociétés et dans lequel la responsabilité financière de la famille reposait en général sur les épaules de l'époux considéré comme étant le responsable de la famille [...] *Al Quiwamah* n'est pas un honneur, mais une responsabilité à l'inverse de ce qui a été rapporté par l'interprétation patriarcale et dont on a déduit la supériorité innée des hommes. », **LAMRABET** Asma, *op.cit.*

<sup>217</sup> Ce sont les héritiers qui ont droit au prélèvement d'une quote-part de la succession. **BLANC** François-Paul et **MILLIOT** Louis, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2<sup>e</sup> éd., 1986, p. 493.

<sup>218</sup> **AL-CHADILI** Ibrahim Hussain Sayyid Qutb, *fi dilal al quran* (Dans l'ombre du Coran), Dar Al Charq, partie 5-6, tome 2, 1972, p. 645.

<sup>219</sup> **BELHERKATE** Kamal, *op.cit.*

<sup>220</sup> Les parents par les mâles ou assimilés, qui ont droit à ce qui reste de la succession quand le prélèvement des *fards* a été opéré, **BLANC** François-Paul et **MILLIOT** Louis, *op.cit.*, p. 493.

Ces deux principes chers aux conservateurs, combinés, instaurent une situation inégalitaire. La femme ne peut jamais hériter au-delà d'une certaine part, alors que l'homme hérite, s'il est descendant direct et en l'absence de celui-ci, même s'il est indirect et malgré la présence de parentèle féminine plus proche. À partir de là, les femmes sont toujours défavorisées au profit d'un héritier masculin au lien de parenté parfois assez lointain.

Cette situation s'explique par le fait que jusqu'à nos jours dans les sociétés à forte tendance patriarcale comme le Maroc, l'homme est considéré par beaucoup comme le seul vrai tuteur de la famille, celui qui la prend en charge, et cela dépasse de loin le cadre de la famille nucléaire. Comme en témoigne le code du statut personnel de 1958, quand il dresse la liste des tuteurs matrimoniaux<sup>221</sup>, à quelques exceptions près détaillées dans les articles 234 et 235 du même code. Ainsi les héritiers mâles sont *asi'b* par eux-mêmes, alors que les héritières femmes ne peuvent l'être qu'avec la présence d'une personne de genre masculin.

Cette approche qui correspond à une forte conviction sociale est justifiée par le verset coranique suivant : « Les hommes ont autorité sur les femmes, en vertu de la préférence que Dieu leur a accordé sur elles, et à cause des dépenses qu'ils font pour assurer leur entretien »<sup>222</sup>. Ainsi le mot arabe *Qiwama*, trouve sa racine dans le mot *qam* ou *qwm* qui peut avoir plusieurs synonymes<sup>223</sup>. Dans la mesure où, dans ce verset, elle incarne la sauvegarde et la préservation, le patriarcat l'utilise afin de justifier le partage inégalitaire que subit la femme depuis toujours, voire la spoliation de ses droits successoraux au profit du « gardien de la famille », attribut accaparé par

---

<sup>221</sup> Article 11 de la *Moudawana*.

<sup>222</sup> MASSON Denise, « Versets 35, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>223</sup> C'est le contraire de s'asseoir, il peut avoir plusieurs significations comme : accomplir, préserver, superviser, se redresser, décider... **IBN MANZUR AL-ANSARI AL-KHAZRAJI AL-IFRIQI** Abul-Fadl ad-Din Muhammad, *Lisan al-arab* (langue des Arabes), imprimerie Almiriya, tome 15, p. 398-409.

l'homme d'hier ou d'aujourd'hui<sup>224</sup>.

Cette logique de partage pouvait avoir un certain sens dans le passé, quand la notion de la famille étendue existait encore, mais dans une société organisée autour de la famille nucléaire, plus restreinte, l'utilité de laisser une personne en dehors de son cercle familial immédiat faire concurrence à la conjointe pour prendre une part de la succession comme dépositaire d'un quelconque devoir envers cette famille, n'est plus concevable aujourd'hui.

Comme ses homologues occidentales ou non, la société marocaine a connu de grands changements, en particulier depuis les années 1990 car le devoir social de prise en charge qui pouvait encore peser naguère sur l'oncle, le frère, ou tout autre parent a disparu. Aussi le seul résultat auquel conduit ce mode de succession est de priver la femme d'une ressource matérielle, et peut-être de la précipiter dans la précarité. Cela constitue même une spoliation lorsque sont visés des biens acquis par un couple grâce à des efforts communs<sup>225</sup>.

En ce qui concerne les biens immobiliers, l'exclusion se fait sur la base de la coutume tribale<sup>226</sup>, tantôt sous couvert religieux, par exemple en ayant recours aux constitutions des *habous* afin de déshériter les femmes<sup>227</sup>, tantôt en utilisant l'argument de protection de la terre comme c'est le cas pour les femmes *sulaliyats* à qui la jouissance de la succession de leurs parents est refusée tandis que les terrains et biens

---

<sup>224</sup> LAMRABET Asma, « une relecture du concept coranique de *Qiwamah*, ou autorité de l'époux », Asma-lamrabet.com [consulté le 25 janvier 2020].

<sup>225</sup> Conseil national des droits de l'homme, *op.cit.*, p. 15.

<sup>226</sup> Près de 4000 tribus et douars pratiquent encore ces méthodes, surtout quand il s'agit des femmes *sulaliyats*.

<sup>227</sup> Outre les *habous* publics, ces biens affectés à une œuvre pieuse, peuvent être constitués par testament des *habous* privés, c'est-à-dire que les biens en question ne seront affectés à leur destination pieuse qu'une fois la descendance masculine éteinte. A ce propos et à titre de comparaison, voir BARHOUMI Anaïs, *Le statut juridique du habous en Algérie. Contribution à l'étude d'une institution religieuse et traditionnelle instrumentalisée par des politiques économiques à la lumière de son histoire et du habous marocain*, thèse, droit, Université de Perpignan, 2014.

immobiliers concernés sont donnés à des tiers pour ne pas que la tribu perde ses droits sur la terre si la jeune fille s'engage avec un conjoint extérieur à ladite tribu<sup>228</sup>.

Ces pratiques conduisent des femmes de tous âges à sombrer dans la précarité. Ainsi le rapport du CNDH<sup>229</sup> a constaté en 2015 que : « Dépourvues de la capacité sociale, de nombreuses femmes cèdent leur part de succession à un parent de sexe masculin sous prétexte de conserver la propriété au sein de la famille, ou sont victimes de certaines pratiques coutumières visant à les déposséder de leur héritage ou de la terre »<sup>230</sup>.

Il faut ajouter que l'accumulation de biens en vue d'une succession a parfois été pratiquée afin de pallier un système étatique de secours social, mais l'absence de descendant masculin, prive finalement les femmes pauvres et surtout veuves de l'obtention du moindre pécule<sup>231</sup>.

Une autre caractéristique de cette législation religieuse non réformée réside dans le fait que la religion qui lui sert de base est porteuse d'une discrimination qui non seulement va à l'encontre des conventions ratifiées par le Maroc en matière des droits de l'Homme, mais aussi de sa constitution, expression suprême de la volonté populaire. Ainsi dans ses articles 19 et 25, celle-ci dispose que l'État est garant de la liberté d'opinion et qu'aucune discrimination ne peut être faite sur la base du genre de la personne.

---

<sup>228</sup> **DAOUDI** Fatiha, *Droits fonciers des femmes au Maroc*, 2011, p. 23 [consulté le 1<sup>er</sup> février 2020]

<sup>229</sup> **Conseil national des droits de l'homme**, instituteur par l'article 161 du texte constitutionnel de 2011, c'est institution nationale indépendante, chargée de connaître de toutes les questions relatives à la défense et à la protection des droits de l'homme et des libertés, à la garantie de leurs pleins exercices et à leur promotion ainsi qu'à la préservation de la dignité, des droits et des libertés individuelles et collectives des citoyennes et citoyens, et ce, dans le strict respect des référentiels nationaux et universels en la matière.

<sup>230</sup> **Conseil national des droits de l'homme**, *op.cit.*, p. 14.

<sup>231</sup> **Conseil national des droits de l'homme**, *Ibid.*, p. 63.



- La succession dans le cadre des mariages mixte

Nonobstant, dans le droit successoral actuel, la disposition qui empêche le non-musulman d'avoir droit à la succession a traversé les réformes successorales, marginalisant ce dernier, en faisant prévaloir le droit et la religion sur les liens affectifs qui se constituent durant le mariage. L'épouse chrétienne ne peut donc pas hériter de son époux musulman alors que dans le cas contraire, l'héritage est possible, car la femme musulmane ne peut épouser un non-musulman qu'après la conversion de celui-ci.

Cette logique juridique issue d'un primat du religieux crée un paradoxe. Elle procure au mariage tous ses effets durant le vivant de la personne, mais provoque une rupture juridique au moment du décès. Comparé à d'autres statuts personnels arabo-musulmans, le Maroc est le seul pays à conserver cette règle et ce malgré toutes les réformes entreprises depuis l'indépendance<sup>232</sup>.

Cette conception peut d'ailleurs être utilisée de façon détournée afin de déshériter une personne sur la base de sa confession. Il suffit en effet de démontrer que sa conversion est insincère et constitue un faux juridique, car au Maroc la conversion relève d'une démarche déclarative actée par deux *adouls*.

Dès lors, le statut religieux devient un élément important pour pouvoir jouir de ses droits successoraux. Ce choix, *a priori* d'ordre personnel et moral, peut rapidement devenir un choix d'ordre social, obligeant l'épouse à se convertir pour garantir ses droits successoraux. Bien que la lecture littérale du Coran impose qu'une place importante soit conférée au libre arbitre en matière de choix religieux<sup>233</sup> et que les

---

<sup>232</sup> Article 332 du dahir n° 1-02-22 du 12 *Hija* 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la famille : « Il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non-musulman ».

<sup>233</sup> Le Coran a abordé la question de la religion de façon explicite comme en témoigne le verset 6 sourate 109 : « À vous votre religion, à moi ma religion » ou dans le verset 272 sourate 2 : « Il ne t'incombe pas de diriger les incrédules. Dieu dirige qui il veut » ou dans la même sourate au verset 256 : « Pas de contrainte en religion, la voie droite se distingue de l'erreur ».

versets belliqueux envers telle ou telle communauté relèvent plus de l'exception que de la règle générale, comme le laisse apparaître la recension de tels versets au sein du Coran qui révèle manifestement un souci d'ordre pratique. Le Coran considère le mariage avec des gens du livre ou *ahl al kitab*, à savoir des juifs ou chrétiens, licite et valide, car ces derniers ne peuvent être apparentés aux polythéistes ou païens (*mushrikun*).

Pour l'*Imam* Malik la distinction repose surtout sur l'intérêt général de la communauté musulmane en relation avec les communautés des *dihmmis*<sup>234</sup> qui l'entourent. Il considère ainsi comme valide tout mariage qui a lieu entre un musulman et une personne d'une autre confession s'ils vivent dans un même pays. Il estime que le couple a intégré les us et coutumes de son lieu de résidence, et n'entraîne pas les siens à rejoindre l'ennemi en cas de conflit<sup>235</sup>.

Le droit marocain donne par ailleurs lieu, en l'état, à une autre forme de discrimination. S'il reconnaît aux personnes de confession judaïque, l'établissement de leurs propres juridictions, il passe sous silence le cas des personnes de confession chrétienne, qui n'ont jamais pu accéder à rang de citoyens après l'indépendance, et qui malgré tout restent sous la protection du souverain comme l'a rappelé le Roi Mohammed VI lors d'un déplacement à Madagascar : « Je tiens à lever toute ambiguïté : les rumeurs prétendant que ces projets ne bénéficieraient qu'à la communauté musulmane sont totalement fausses. Ces projets sont, bien évidemment, destinés à toute la population. Le Roi du Maroc est *Amir Al Mouminine*, commandeur des Croyants, des croyants de toutes religions »<sup>236</sup>. En conservant le droit dans son élaboration actuelle, le législateur se place délibérément dans une position contraire aux propos tenus par le souverain du pays qui s'érige en protecteur du vivre ensemble

---

<sup>234</sup> Ce sont les gens du livre qui vivent dans un état musulman et qui paient la *fidiya*.

<sup>235</sup> PRUVOST Lucie, « Le mariage interreligieux au regard de l'islam », *Homme & Migrations*, 1993, 1167, p. 30-33 [Consulté le 29 janvier 2020].

<sup>236</sup> BADRANE Mohamed, « SM Mohammed VI : Je porte au Cœur une fierté toujours plus forte d'être Africain », *Aujourd'hui le Maroc*, 28 novembre 2016 [Consulté le 29 janvier 2020].

de toutes les communautés croyantes au Maroc.

Cette législation se révèle encore paradoxale en elle-même car elle reconnaît le mariage entre personnes de confessions religieuses différentes, mais méconnaît un des effets les plus importants du mariage à savoir le droit à la succession. Pourtant le droit marocain a introduit le contrat de mariage et la possibilité de communauté de vie<sup>237</sup> entre personnes de confessions différentes. Dans un monde qui change et un Maroc qui reconnaît la mixité, l'article 332<sup>238</sup> du Code de la famille peut paraître caduc mais reste malgré tout appliqué avec le mode de succession inspiré du droit musulman.

Fidèle à l'esprit d'une autre époque, cette législation reste en total décalage avec les aspirations égalitaires de la nouvelle société marocaine. Elle est un élément essentiel pour comprendre que malgré les efforts étatiques et institutionnels, la condition de la femme se caractérise par une grande précarité.

Cette situation difficile dépend également d'autres facteurs comme en attestent les questions récurrentes relatives à la scolarisation des femmes et surtout des jeunes filles en milieu rural comme le démontrent les statistiques du haut-commissariat au plan. Les femmes qui ont un certain niveau d'éducation ne constituent que 6,6 % de la population féminine au Maroc.

Cela peut partiellement s'expliquer par l'abandon scolaire dont les raisons sont multiples comme le mariage précoce, l'éloignement du lieu des études ou le coût des frais de scolarité. Les jeunes filles sont les premières touchées par ce type de difficultés<sup>239</sup>. Il en découle une conséquence fâcheuse : un chômage qui touche plus les femmes que les hommes avec des taux pouvant aller jusqu'à 63,9 % de la population

---

<sup>237</sup> Préambule du dahir n° 1-02-22 du 12 *Hija* 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la famille, p. 9.

<sup>238</sup> « Il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non musulman... »

<sup>239</sup> En 2015/16, 2.5 des filles au primaire sont touchées par l'abandon scolaire, et presque 44% des filles entre 15 et 25 ans, ne sont pas à l'école, ne travaille pas ou ne suit aucune formation, **Haut-commissariat au plan**, *Les indicateurs sociaux du Maroc*, Maroc, 2018.

féminine en âge d'activité<sup>240</sup>.

Ces données expliquent, en partie, la situation de l'emploi au Maroc : à savoir pour les femmes la prédominance des métiers relevant de l'aide familiale, que ce soit en zone rurale ou urbaine<sup>241</sup>. Ce type d'emploi n'a pas de statut et s'exécute parfois sous la contrainte morale en raison du devoir de prise en charge des membres de la famille ou de prendre soin des biens familiaux. Ces multiples traits distinctifs de la situation et des activités dévolues aux femmes expliquent leur grande précarité et le rapport de force qui s'établit en faveur de l'homme au sein du foyer.

La précarité des femmes trouve sa source non seulement dans le droit qui découle de la religion, mais aussi dans les pratiques sociales. Leur caractère sexiste s'accommode facilement d'un cruel manque d'interrogation pouvant porter sur tout prédicat inégalitaire légitimé par une source musulmane. Ainsi toute l'approche sociale des successions reste construite sur l'immutabilité imposée par le diktat des textes coraniques qui ne supportent aucune tentative de nouvelle interprétation, et pour lesquels la seule réponse permise en cas de questionnement se résume à la formule lapidaire : « C'est comme ça parce que c'est écrit ».

S'ensuit le développement d'un sentiment de supériorité de l'homme vis-à-vis de la femme, comme l'expose Asma Lamrabet : « [...] dans les écoles marocaines, les enfants suivent des cours de religion dans lesquels ils apprennent des versets coraniques par cœur [...] ? Jamais on n'explique les raisons de la double part<sup>242</sup> [...] »

---

<sup>240</sup> *Ibid*, p. 26.

<sup>241</sup> Du fait de la migration vers les villes et les zones plus urbanisées, les femmes qui n'ont pas pu suivre une scolarité normale, se voit contrainte de travailler comme aide familiale, comme l'explique les statistiques du haut-commissariat aux plans, 47,3% des femmes exercent ce métier, avec trois quarts d'entre elles en milieu rural, *Ibid*, p. 23.

<sup>242</sup> Le doyen Blanc affirme d'ailleurs que ces dispositions successorales ne peuvent servir de base au *kijâs*, car leur « raison transcende l'intelligence humaine. Faute de savoir, par exemple, pourquoi Dieu a fixé au quart ou au huitième les parts successorales respectives du mari et de la femme, il est impossible d'utiliser ces textes comme bases de déduction analogique ». **BLANC** François-Paul, *op.cit*, p. 24.

en leur disant « si le référentiel islamique le dit, alors c'est comme ça »<sup>243</sup>.

## Section 2. La survie de la polygamie

La polygamie est selon Larousse : « tout système social qui admet légalement le mariage d'un homme avec plusieurs femmes ou une femme avec plusieurs hommes<sup>244</sup> »<sup>245</sup>. Cette pratique est présente dans les récits les plus anciens de l'humanité, elle y est évoquée avec différentes finalités. De fait, elle constitue une réalité dès lors que le mariage est présent comme institution régulant les relations sexuelles et d'assistance entre individus de sexes différents. Cette pratique semble avoir toujours été connue et reconnue dans un certain nombre de sociétés en Afrique et en Asie.

Chaque civilisation, l'a traité différemment, depuis les Babyloniens jusqu'aux Romains en passant par les Égyptiens et les peuples de la vallée de l'*Indus*<sup>246</sup>. Ainsi les peuples habitant la péninsule arabe la pratiquaient, avec ses variantes la polygynie comme la polyandrie<sup>247</sup>. C'est avec l'avènement de l'islam et la conversion massive des tribus que certaines pratiques jugées contraires au Coran ont été abolies e ont dès lors disparu de la pratique sociale<sup>248</sup>. Le Coran n'a en effet maintenu que la polygamie masculine limitée à quatre conjointes, en imposant en outre le respect d'un certain

---

<sup>243</sup> STEGMANN Ricarda, SCHNEUWLY BRUGGER Mallory, *A propos de l'héritage : Usages et enjeux pour les musulman.e.s. de Suisse*, Centre Suisse Islam et Société, Université de Fribourg, 2019, p. 30.

<sup>244</sup> Cela s'appelle aussi la polyandrie.

<sup>245</sup> <http://www.larousse.fr>.

<sup>246</sup> Le Code d'Hammourabi reconnaît la polygamie en ses articles 148 et 149, en Égypte antique la polygamie était tolérée même quand cela est incestueux dans le cas des pharaons, les romains quant à eux considéraient la polygamie comme un crime, ce qui pouvait porter atteinte à ce droit reconnu par la communauté hébraïque de l'empire, qui pour eux la polygamie était admise, car pratiquée par les patriarches comme Abraham et Jacob.

<sup>247</sup> MASSON Denise, « Verset 25, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard, BEN `UMAR BEN KATHÎR Imâd ad-Dîn Abû al-Fidâ' 'Ismâ'îl, *op.cit*, p. 463.

<sup>248</sup> IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-talaq* (livre du divorce) : *hadith* n° 2272 », *Les Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

nombre de règles préalables<sup>249</sup>.

Au sein des populations amazighes de l'Afrique du Nord, la polygamie était légitimée comme une nécessité sociale et un usage traditionnel sans référence à un droit octroyé par un ordre divin. La polygamie y était illimitée comme pour toutes les sociétés africaines antérieures à l'islam<sup>250</sup>. Cette pratique avait pour but principal, le partage des tâches domestiques, sans pour autant que cela fasse perdre à la première épouse, son statut de matriarche au sein du foyer<sup>251</sup>.

Malgré la conversion à l'islam des tribus nord-africaines, cette pratique est restée ancrée dans leurs usages, même si elle ne concernait en l'espèce que la classe des notables<sup>252</sup>, au point de dépasser pour un seul « mari » la trentaine de femmes comme signe de richesse et puissance<sup>253</sup>.

Suite à l'indépendance, contrairement à d'autres codes de la famille africains qui ont fait le choix de garder l'esprit du code Napoléon dans leurs dispositifs législatifs, en ne gardant que le principe du mariage monogamique bien défini depuis 1866 par l'arrêt Hyde : « l'union volontaire pour la vie entre un homme et une femme, en excluant toute autre forme d'union »<sup>254</sup>, le droit marocain dans son code de 1958, en plus du mariage traditionnel a reconnu sa forme polygame, afin d'homogénéiser et moderniser le droit national, bannissant par la même occasion le droit coutumier et ce qui se pratiquait dans les régions dites de l'*orf*.

---

<sup>249</sup> MASSON Denise, « Versets 3, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>250</sup> LEDUC Ariane, RABY Mélanie, SCOTT Valérie, « Le mariage polygame et le droit international privé québécois dans une perspective de droit comparé », *Revue québécoise de droit international*, 2008, p. 165-209.

<sup>251</sup> TAGHBALOUTE Aziz, *op.cit*, p. 27.

<sup>252</sup> AZIZI Souad, « La compensation matrimoniale dans le mariage traditionnel chleuh », *Awal (Cahiers d'études berbères)*, Ed. de la maison des sciences de l'homme, 2001, Le mariage en Afrique du Nord, p. 101-114.

<sup>253</sup> EL-FASSI Allal, *op.cit*, p. 273.

<sup>254</sup> «The voluntary union for life of one man and one women to the exclusion of all others » arrêt Hyde V. Hyde and Woodmansee (1866).

Même si déjà à l'époque des voix dénonçaient cette pratique, comme Allal El Fassi, chantre du nationalisme marocain : « [...] quoi que l'on dise des bienfaits de la polygamie dans une certaine conjoncture [...] je considère, quant à moi, que l'intérêt islamique et social exige qu'on l'interdise à l'époque actuelle »<sup>255</sup>. Le maintien de ce dispositif conditionna sa légalité au seul principe d'égalité entre épouses prescrit par le Coran<sup>256</sup> sans prendre en compte le contexte de la Révélation qui visait à lutter contre des pratiques patriarcales destinées à accaparer les biens des enfants sous tutelle de différentes manières<sup>257</sup>.

Le législateur marocain, en dépit d'un contexte différent de celui de la Révélation, a décidé de maintenir la polygamie comme moyen d'union secondaire, au sein d'une société en mutation et en recherche de repères. Tout comme le droit des successions, la polygamie est un élément participant à l'identité nationale qui puise sa légitimité dans la religion, comme l'exprime l'article 1<sup>er</sup> de la constitution marocaine : « [...] La nation s'appuie dans sa vie collective sur des constantes fédératrices, en l'occurrence la religion musulmane modérée [...] »<sup>258</sup>. Elle demeure un chantier que le législateur a choisi d'aborder timidement, voire d'ignorer.

Le code de 2004 a essayé de s'écarter de ses deux versions antérieures qui en réalité n'étaient que peu novatrices et se contentaient de dresser l'inventaire de ce qui se pratiquait en matière de droit familial sans réel questionnement sur le devenir de la famille marocaine, tout en préservant l'aspect religieux qui le caractérisait<sup>259</sup>. Dans la

---

<sup>255</sup> **EL-FASSI** Allal, *op.cit*, p. 275.

<sup>256</sup> « Mais si vous craignez de n'être pas équitable, prenez une seule femme ». **MASSON** Denise, « Verset 3, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>257</sup> « Donnez aux orphelins les biens qui leur appartiennent. Ne substituez pas ce qui est mauvais à ce qui est bon, ne mangez pas leurs biens en même temps que les vôtres ». **MASSON** Denise, « Verset 2, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>258</sup> Voir l'article 1<sup>er</sup> de la constitution ou encore l'article 3 de la constitution aux termes duquel « L'islam est la religion de l'État, qui garantit à tous le libre exercice des cultes ».

<sup>259</sup> **BENTAYEB** Khoulood, *op.cit*, p. 17.

nouvelle rédaction, le législateur a essayé de rendre la polygamie difficile d'accès, mais n'a pas pris de position tranchée à son égard comme le montre bien le discours royal à l'occasion de l'ouverture de la session parlementaire : « S'agissant de la polygamie, nous avons veillé à ce qu'il soit tenu compte des desseins de l'islam tolérant qui est attaché à la notion de justice, à telle enseigne que le Tout-Puissant a assorti la possibilité de polygamie d'une série de restrictions sévères. [...] En revanche, dans l'hypothèse d'une interdiction formelle de la polygamie, l'homme est tenté de recourir à la polygamie de fait, mais illicite. Par conséquent, la polygamie n'est autorisée que selon les cas et dans les conditions légales ci-après [...] »<sup>260</sup>.

Même si la société connaît une évolution structurelle, avec la prédominance du modèle familial nucléaire, promu par le Roi du Maroc en tant que souverain et Commandeur des Croyants, la polygamie demeure une pratique reconnue, tolérée, voire même approuvée par un certain nombre de personnes, quelle que soit leur catégorie sociale, surtout des hommes qui la perçoivent comme un droit octroyé par Dieu lui-même<sup>261</sup>.

Cette tentative de compromis entre un respect rigoureux du dogme et un souci moderne du bien être féminin n'a cependant pas réussi à initier une lecture critique des versets qui l'autorisent et des conditions dans laquelle la Révélation s'est déroulée car tout ce qui est retenu dans les versets pour justifier la polygamie se résume à ces mots : « [...] Épousez, comme il vous plaira, deux, trois ou quatre femmes [...] »<sup>262</sup>.

Le droit marocain use de ce référentiel et renvoie à ce nombre tacitement dans l'article 39 du Code de la famille pour empêcher tout projet de mariage<sup>263</sup> au-delà du

---

<sup>260</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2e année législative de la 7e législature en date 10 octobre 2003. Voir Annexes.

<sup>261</sup> **BELOUAS** Aziza, « Polygamie : le Code de la famille n'a rien changé », *La vie éco*, 2017 [Consulté le 10 février 2020]. Voir Annexes.

<sup>262</sup> **MASSON** Denise, « Verset 3, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>263</sup> « [...] Le fait d'avoir à la fois un nombre d'épouses supérieur à celui autorisé légalement ». Article 39 alinéa 2 du dahir n° 1-02-22 du 12 *Hija* 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-



nombre prescrit par les sources sacrées. Dès lors, la polygamie reflète bien le paradoxe de la démarche intellectuelle parfois superficielle sur laquelle repose le Code de la famille quand le législateur a tenté de concilier les revendications modernisatrices et les critiques conservatrices. Comme le souligne Sadok Belaïd, « du malentendu entre l'esprit universaliste de l'Islam et le rigorisme borné de ses zélotes, entre l'Islam du for intérieur et l'Islam des fanatiques et des agitateurs, entre l'Islam de la modération et de l'ouverture et l'Islam de l'intolérance et de l'enfermement »<sup>264</sup>.

C'est ce « malentendu » qui, comme en matière successorale, crée un sentiment de malaise chez les observateurs contemporains qui dressent l'inventaire des effets néfastes de la législation encadrant aujourd'hui la polygamie. Dans le cadre d'une démarche empreinte d'un pragmatisme bienveillant qui s'adapte grâce à l'*ijtihad* notamment, le droit musulman a toujours permis d'apporter des réponses au cas par cas aux nouvelles interrogations suscitées par les nouveautés et les bouleversements sociétaux à travers les siècles.

A cet égard il suffit de relever comment a progressivement évolué la teneur de la Révélation coranique pour répondre aux situations inédites. Une adaptation aux antipodes d'un droit positif et moderne qui apparaît parfois en décalage par rapport aux normes et buts des sources dans lesquelles il puise pourtant ses racines et son inspiration.

La Révélation peut être envisagée comme un discours flexible qui vise en permanence à instaurer la paix sociale et à apporter des réponses aux problèmes du quotidien. Avec un droit marocain fondé sur une analyse littérale et rigide des sources sacrées, cette paix sociale est instituée aux dépens de l'un de ses composants les plus vulnérables que sont les femmes et, au-delà, les enfants.

---

03 portant code de la famille.

<sup>264</sup> **KOUDJIL** Abderrahmane, « Polygamie au Maghreb : Controverses autour d'un droit en mouvement », *Confluences Méditerranée*, n° 41, 2002, p. 77-88.

Ainsi, généralement, ce sont les femmes qui souffrent du régime polygamique tel qu'établi en droit marocain, notamment les premières épouses. C'est notamment ce qu'a fort bien souligné Allal El Fassi à l'aube de l'indépendance en affirmant que la polygamie n'a plus lieu d'être non parce que l'Islam n'a plus lieu d'être dans une société en voie de modernisation, mais à cause des dérives que cette pratique a connu, et ses effets négatifs sur les foyers marocains du XX<sup>e</sup> siècle<sup>265</sup>.

Ce droit leur étant octroyé par une autorisation divine, les hommes rusent pour en faire usage. En effet, si la législation en vigueur depuis 2004 ne l'a pas interdite, elle en a néanmoins compliqué<sup>266</sup> la mise en œuvre. Ainsi la complexification de la procédure qui permet la pratique de la polygamie, sa soumission à l'approbation du juge, voire même au bon vouloir de la première épouse que cela soit avant la conclusion du mariage par le biais du contrat attaché à ce dernier ou par son refus explicite durant le mariage, sont des dispositions censées dresser un parcours d'obstacles devant les hommes désirant devenir polygames<sup>267</sup>.

La soumission du mariage polygamique à l'autorisation du juge relève du même esprit. Selon l'article 41 du Code de la famille il doit vérifier la capacité matérielle de la personne à contracter un nouveau mariage<sup>268</sup>. Cela confirme que la polygamie participe toujours d'un privilège de classe, semblant devoir être réservée aux hommes des plus aisées<sup>269</sup>. La réalité est plus nuancée, comme l'explique Madame Nadia

---

<sup>265</sup> « [...] Combien de foyers ont été détruits, combien d'héritiers déshérités, combien d'enfants n'ont pas connu l'affection paternelle par respect à la seconde épouse [...] Chacun a eu connaissance d'événements douloureux pareils, surtout que la majorité de ceux qui ont recouru à la polygamie sont la classe pauvre et démunie de la société ». **EL-FASSI** Allal, *op.cit.*

<sup>266</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2<sup>e</sup> année législative de la 7<sup>e</sup> législature en date du 10 octobre 2003. Voir Annexes.

<sup>267</sup> *Ibid.*

<sup>268</sup> « [...] Lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers et leur assurer équitablement, l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie ». Article 41 du dahir n° 1-02-22 du 12 *Hija* 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la famille.

<sup>269</sup> **BENLARBI** Tarik, « Maroc : ces polygames qui nous gouvernent... », *Jeuneafrique*, 2015 [Consulté le 9 février 2020].

Mouhir, « il ne s'agit pas uniquement d'hommes riches qui la font, il y a aussi des moins riches, des intellectuels, des cadres [...] avec la nouvelle procédure instituée par le nouveau code, ils ne l'obtiennent pas facilement »<sup>270</sup>.

De cette discrimination, de ce déficit d'équité morale et émotionnelle qui surgissent entre les hommes qui en sont les bénéficiaires, mais aussi entre les femmes, le code ne tire nulle conséquence. Pourtant, dans les écritures coraniques, l'accent est davantage mis sur le principe d'égalité entre les épouses potentielles que sur le mariage lui-même. L'équité, constitutive d'un principe ultime que personne ne peut réellement atteindre<sup>271</sup>, est élevée par la Révélation au rang d'obligation suprême pour que soit valide la pratique de la polygamie. A tel point que certains voient là une interdiction tacite de fait<sup>272</sup>. Mais le législateur marocain n'en fait qu'une affaire personnelle et laisse l'époux seul maître de juger de sa capacité à contracter une nouvelle union matrimoniale<sup>273</sup>.

La soumission de la polygamie au bon vouloir du mari entraîne des situations de nature à mettre en péril le bien-être de la première épouse et de ses enfants, surtout en zone rurale. Le maintien dans une union polygame demeure le plus souvent un pis-aller contraint pour la première épouse et, en cas de divorce comme l'autorise la loi, celle-ci peut se retrouver dans à une situation extrêmement précaire<sup>274</sup>.

---

<sup>270</sup> **MIDECH** Jaouad, « Polygamie au Maroc : les hommes continuent de ruser pour avoir une deuxième femme », *La vie éco*, 2012 [Consulté le 9 février 2020].

<sup>271</sup> « [...] Si vous craignez de ne pas être équitable prenez une seule femme [...], cela vaut mieux pour vous, que de ne pas pouvoir subvenir aux besoins d'une famille nombreuse. », « Vous ne pouvez être parfaitement équitables à l'égard de chacune de vos femmes, même si vous en avez le désir. Ne soyez donc pas trop partiaux et ne laissez pas l'une d'entre elles comme en suspens ». **MASSON** Denise, « Versets 3 et 129, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>272</sup> En 1956, la Tunisie a d'ailleurs aboli la polygamie au regard de l'impossibilité pour un mari d'être équitable vis-à-vis de ses épouses. Voir **CAMAU** Michel et **GEISSER** Vincent, *Habib Bourguiba. La trace et l'héritage*, Karthala, 2004.

<sup>273</sup> **MONJID** Mariam, *op.cit.*, L'Harmattan, 2013, p. 261-252.

<sup>274</sup> *Ibid*, p. 261-255.

La polygamie génère des conditions de vie douloureuses et précaires pour de nombreuses femmes, particulièrement dans les couches populaires. Sa simple existence est perçue comme une menace par l'ensemble de la population féminine, quel que soit le statut individuel de chacune, et impacte de ce fait globalement la société malgré son caractère marginal à en croire le nombre de mariages concernés.

Le législateur par son manque de courage est en cause. Il ne peut s'affranchir de sa part de responsabilité face aux effets sociaux désastreux qu'entraîne le maintien de cette institution dans ces formes. Cela est d'autant plus vrai que sa pérennité repose essentiellement sur l'opportunité ouverte par les dispositions juridiques de contourner facilement la loi et de contrevenir à l'esprit de ses dispositions<sup>275</sup>.

La violation de la loi est facilitée par le fameux article 16 du Code de la famille qui dispose que « lorsque des raisons impérieuses ont empêché l'établissement du document de l'acte de mariage en temps opportun, le tribunal admet lors d'une action en reconnaissance de mariage tous les moyens de preuve ainsi que le recours à l'expertise »<sup>276</sup>. Le même article indique ensuite que l'accès à cette procédure ne peut excéder cinq ans, une durée portée à quinze ans par la suite<sup>277</sup>. Les candidats au mariage polygame détournent cet article de son objectif premier pour pouvoir arriver à leur fin<sup>278</sup>.

Malgré la réforme, la polygamie est toujours perçue comme un moyen de lutter contre la débauche et la dissolution du tissu familial. Cette vision est partagée par une

---

<sup>275</sup> « [...] Les parties usent d'un artifice pour se placer en dehors du champ d'application d'une loi et se soustraire à son autorité. Pour contrer de telles manœuvres, les juges frappent d'inefficacité les actes frauduleux, par application de l'adage *fraus omnia corrumpit* », **NIBOYET** Marie-Laure et **DE LA PRADELLE** Géraud Geouffre, *Droit international privé*, Lextenso, 2017, « Arrêt Princesse de Beaufremont ».

<sup>276</sup> Article 16 du dahir n° 1-02-22 du 12 *Hija* 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant Code de la famille.

<sup>277</sup> Quatrième alinéa modifié par l'article unique du dahir n° 1-16-2 du 1<sup>er</sup> *rabii II* 1437 (12 janvier 2016) portant promulgation de la loi n° 102-15 (BO n° 6436 du 24 *rabii II* 1437 (4 février 2016)).

<sup>278</sup> **MIDECH** Jaouad, *op.cit.*

large frange de la société, et légitimée par le discours moral et religieux de la sphère religieuse marocaine comme en témoignent les propos de Monsieur El Bouraini<sup>279</sup> : « Si l’islam l’a autorisée, assène-t-il, c’est pour le bien de la communauté, sinon bonjour la débauche [...] pourquoi ne pas alléger la procédure de la polygamie pour permettre aux hommes qui ont les moyens d’épouser plus d’une femme ? »<sup>280</sup>.

C’est sur la base de cette idée, et l’accomplissement d’un devoir religieux vis-à-vis de la société que l’article qui, initialement, avait vocation à régulariser les mariages coutumiers conclus dans des circonstances délicates, ouvre la porte à tous les abus dans la pratique de la polygamie. L’ambiguïté qu’entretient encore le Code de la famille, tiraillé entre modernité et conservatisme, se traduit dans cet article qui constitue un moyen détourné pour les hommes désireux de contracter un mariage polygame, sans pour autant avoir les moyens d’y subvenir<sup>281</sup>.

Dans de telles circonstances, lorsque le futur polygame fait usage de cet article, l’accord de la première épouse qui est devenu obligatoire depuis la réforme de 2004, est contourné et ignoré. De plus, dans la plupart des cas, le second mariage met en cause une personne mineure au moment de la conclusion de l’acte, comme l’explique Madame Cherkaoui<sup>282</sup> : « La situation est très préoccupante. L’article 16 a été utilisé contrairement à son objectif. Il encourage non seulement le mariage des mineurs, mais également la polygamie »<sup>283</sup>.

L’article qui a pour but principal la reconnaissance des mariages ruraux conclus avant 2004 devient, dès lors, l’arme ultime de toute personne voulant contourner la loi

---

<sup>279</sup> Président de l’ordre national des *adouls* du Maroc.

<sup>280</sup> **MIDECH** Jaouad, *op.cit.*

<sup>281</sup> **GUESSOUS** Nouzha, « Ce qu’il faut changer dans la *Moudawana* », *L’Economiste*, n° 5469, 2019 [Consulté le 10 février 2020].

<sup>282</sup> Présidente de l’association « Initiative pour la promotion des droits des femmes »

<sup>283</sup> **SKALLI** Khadija, « *Moudawana* : croisade contre l’article 16 », *Le360*, 2013 [Consulté le 10 février 2020].

pour satisfaire un désir de polygamie<sup>284</sup>. L'aspiration à contracter un mariage polygame est souvent avalisée par devoir par le juge en tant que gardien de la moralité sociale. La validation du second mariage étant justifiée, en cas de grossesse, par l'intérêt suprême de l'enfant<sup>285</sup> mais aussi celui de la jeune femme.

Le recours à l'article 16 est ainsi devenu l'astuce privilégiée des fraudeurs, car le juge ne peut en aucun cas prouver la mauvaise foi de la personne, ou annuler un mariage coutumier conclu avec la lecture de la *Fatiha*<sup>286</sup> seulement<sup>287</sup>.

La conséquence directe de l'usage cet article est la survivance de la polygamie, voire l'explosion des mariages polygames, alors que le nouveau Code de la famille, en modifiant les règles en matière de polygamie, avait comme intention manifeste de recourir à une *hila*<sup>288</sup>, afin que la polygamie disparaisse d'elle-même.

L'obstacle auquel se heurte cette prétention législative est le manque de clairvoyance de la part du législateur qui n'a pas tenu compte du fait que de nos jours encore environ 44 % des Marocains croient que la polygamie est un mandat céleste et que cette conviction s'affirme avec l'âge<sup>289</sup>. Pourtant, nombreuses sont les voix telles que celle de Madame Fouzia Assouli qui affirment qu'« il faut cesser d'instrumentaliser la religion dès qu'il est question des droits des femmes. Il faut abroger la polygamie. La polygamie n'est pas un pilier de l'islam »<sup>290</sup>.

Le traitement de la polygamie, dans la culture marocaine donne en effet le

---

<sup>284</sup> **BELOUAS** Aziza, *op.cit.*

<sup>285</sup> *Ibid.*

<sup>286</sup> La première sourate du Coran.

<sup>287</sup> **ASWAB** Mohamed, « Pourquoi la nouvelle *Moudawana* n'a pas réussi à faire régresser la polygamie ? », *Aujourd'hui le Maroc*, 2010 [Consulté le 10 février 2020]

<sup>288</sup> Une ruse juridique dans la jurisprudence islamique.

<sup>289</sup> **MIDECH** Jaouad, *op.cit.*

<sup>290</sup> **ASWAB** Mohamed, *op.cit.*

sentiment d'une instrumentalisation utilitariste de la religion comme dans bien d'autres domaines où tout sens critique, toute pensée réfléchie sont niés. Cela débute sur les bancs de l'école où la phrase la plus courante est : « Si Dieu l'a dit, il y a une raison et c'est comme ça ». La non-régression de la pratique de la polygamie est aussi due à la mise en œuvre de l'article 41 du Code de la famille aux termes duquel « elle est interdite lorsque sa justification objective et son caractère exceptionnel n'ont pas été établis ».

Cet article est déterminant dans l'approche des juges vis-à-vis de la polygamie. Dès qu'on s'éloigne des grandes métropoles vers des zones plus rurales ou des villes plus conservatrices, son interprétation n'est sans doute pas celle qu'espérait le législateur. Le juge y applique une lecture littérale du texte, mais sur la base de critères tirés des prescriptions religieuses. Il considère que la polygamie est « un droit d'essence divine antérieur à toute législation humaine [...] 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 »<sup>291</sup>.

La justice semble donc renforcer la vigueur de la polygamie alors que cette institution est considérée comme une atteinte à l'intégrité psychologique de la femme par les courants féministes. Pourtant, la demande de mariage polygame est parfois faite par la première épouse au profit de son mari comme l'explique un *adel* de Tétouan, ville conservatrice du nord du Maroc, qui produit pour soutenir son propos les demandes de trois jeunes femmes dont les âges s'échelonnent de 24 à 27 ans.<sup>292</sup>

Cette approche est en revanche totalement caduque dans les argumentations des

---

<sup>291</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *L'application du code de la famille : acquis et défis*, Etude, 2007, p. 30.

<sup>292</sup> *Ibid.*

tribunaux des métropoles comme Casablanca ou Rabat, où l'aspect religieux est mis de côté au profit d'un raisonnement plus juridique et pragmatique. Le juge regarde avant tout si la capacité du demandeur lui permet l'entretien de deux ménages à la fois, et qu'aucun préjudice n'est à craindre à l'égard de la première épouse et des enfants. Le seul examen supplémentaire du juge consiste à vérifier les âges des époux pour apprécier leur écart éventuel afin d'éviter tout conflit générationnel entre eux<sup>293</sup>.

La polygamie peut avoir des répercussions négatives sur la famille. Deux cas de figure peuvent se présenter : soit la première épouse accepte sans aucune opposition ses nouvelles conditions de vie conjugale, soit elle refuse la nouvelle union de l'époux sans avoir au préalable mentionné la clause anti-polygamie dans son contrat de mariage.

Dans le premier cas, comme la polygamie, en dépit des efforts déployés par l'État pour encourager le mariage monogame<sup>294</sup>, demeure présente et acceptée par la société. Les épouses sont ainsi conduites à accepter des conditions de vie source d'inégalité sociale et de frustrations de toutes natures. Le consentement est rarement donné de gaité de cœur.

Des ruses sont déployées par les époux pour contracter un second mariage : ils recourent parfois à la violence, la menace ou les promesses pour obtenir l'accord de la première épouse<sup>295</sup> qui, la plupart du temps et malgré tout le mal psychologique que cela peut engendrer, considère que le droit à la polygamie s'impose et surpasse toute volonté humaine. Dans une société qui met trop souvent l'intérêt de l'homme avant celui de la femme, la polygamie apparaît à beaucoup de femmes comme un moyen pour leurs époux de s'accomplir vis-à-vis de leurs pairs dans certains cas, ce dont

---

<sup>293</sup> MAZOUZ Asma, *La réception du code marocain de la famille de 2004 par le droit international privé français : le mariage et ses effets*, thèse, Université de Strasbourg, 2014, P. 115.

<sup>294</sup> Le Roi Mohammed VI fut le premier à promouvoir la famille monogame, par le biais de ses différentes représentations avec sa famille.

<sup>295</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit.*, p. 30.



témoigne la déclaration d'un juge du tribunal de Tétouan<sup>296</sup>.

S'y ajoute la pression sociale que la femme peut subir, surtout de la part de sa propre famille, si elle refuse à son époux la deuxième union ou invoque son droit au divorce. Ce dernier peut, dans certains cas, être vécu comme un échec comme en témoigne une femme ayant annoncé son refus d'une seconde épouse à sa famille : « Alors que le monde s'écroulait autour de moi et que je voyais ma vie s'effondrer, mon ex et mes proches légitimaient cette injustice dont j'étais victime [...] Imaginez que l'annonce du remariage a été plus facilement acceptée par mon entourage que mon désir de divorcer. Pour mon ex et mes parents c'était un droit octroyé par Dieu et la religion »<sup>297</sup>.

Ainsi le magistrat saisi peut considérer que la polygamie est possible si l'époux dispose de moyens matériels suffisants pour entretenir deux foyers, même avec un minimum de moyens. Il s'agit seulement de lui reconnaître un droit qui lui a déjà été octroyé avant même l'avènement du droit positif actuel et il semble « préférable que l'époux ait droit à un nouveau mariage plutôt que de divorcer du premier »<sup>298</sup>.

Pour ce qui est de la nature des « cas exceptionnels » mentionnés par le législateur et qui permettent de donner une suite favorable à la demande de mariage polygame, il faut bien avouer que l'absence dans les textes de contenu explicite et le flou de la notion autorisent toutes les libertés aux magistrats complaisants. Il suffit parfois qu'un homme trouve un nouvel emploi dans une autre ville que celle de son domicile conjugal et que sa femme refuse de l'accompagner, pour que le juge lui permette d'épouser une seconde épouse<sup>299</sup>. Dans ce genre d'espèce le juge se fonde sur la notion du moindre mal, en considérant que le Code de la famille marocain a pour première mission la préservation de la famille de tout ce qui peut lui nuire.

---

<sup>296</sup> *Ibid.*

<sup>297</sup> **BELOUAS** Aziza, *op.cit.*

<sup>298</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit.*, p. 30.

<sup>299</sup> *Ibid.*

Les femmes sont ainsi souvent les victimes du regard que portent sur elles la société et de la place qu'elle leur accorde, mais aussi de la précarité et de l'ignorance. Elles ne peuvent qu'accepter de devenir la première épouse, et d'être fréquemment reléguées de fait au rôle de seconde épouse, notamment lorsqu'elles prennent de l'âge ou après leur ménopause.

Dans le second cas de figure, c'est-à-dire lorsqu'une femme refuse de partager son époux avec une autre femme, le législateur a permis le divorce pour *chiqa'q*<sup>300</sup>, procédure introduite par le nouveau Code de la famille qui trouve son inspiration dans le verset : « Si vous craignez la séparation entre des conjoints, suscitez un arbitre de la famille de l'époux, et un arbitre de la famille de l'épouse. Dieu rétablira la concorde entre eux deux s'ils veulent se réconcilier »<sup>301</sup>.

Le juge désigne deux arbitres pour dresser un rapport comme le lui permet l'article 82 du Code de la famille<sup>302</sup>. Ce rapport est déterminant pour la suite de la procédure de divorce. Si le rapport est jugé incomplet ou flou par le juge ou ne peut être dressé dans les délais, le juge a le pouvoir d'ordonner d'autres mesures afin de mener son enquête sur le couple en question<sup>303</sup>. Après que le juge ait statué sur le divorce et l'ait prononcé, s'ouvre un délai de trente jours à l'époux souhaitant épouser une autre femme afin de déposer la somme fixée par le juge au greffe du tribunal.

Dans tous les cas le juge prend en considération la responsabilité de l'époux demandeur d'union polygame dans la survenue du divorce afin d'évaluer la pension à verser à la femme dont il divorce<sup>304</sup>. Si jamais l'époux demandeur n'arrive pas à

---

<sup>300</sup> Discorde.

<sup>301</sup> MASSON Denise, « Verset 35, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>302</sup> « [...] En vue de concilier les conjoints, le tribunal peut prendre toutes les mesures utiles, y compris le mandatement de deux arbitres ou du conseil de famille ou toute personne qu'il estime qualifiée ».

<sup>303</sup> Article 96 du dahir n° 1-02-22 du 12 *Hija* 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant code de la famille.

<sup>304</sup> Article 97 du dahir n° 1-02-22 du 12 *Hija* 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi

déposer la somme convenue dans les délais, il est considéré comme ayant renoncé à sa demande de divorce<sup>305</sup>.

C'est cet arbitrage qui permet au juge de mesurer l'ampleur du drame que peut vivre une femme sur le point de devenir première épouse. Ainsi les discussions lèvent le voile sur un certain nombre de pratiques peu scrupuleuses de la part de l'époux afin de pousser à bout sa femme, comme par exemple la convaincre d'accepter le divorce en renonçant à ses droits, c'est-à-dire à accepter de suivre la procédure de *l'Khol*<sup>306</sup>.

De ce fait, le divorce pour discorde est devenu une épée à double tranchant pour la femme. Certes il lui permet d'être maîtresse de son destin, mais en même temps elle peut facilement se retrouver à la rue du jour au lendemain. Surtout que cette procédure ne donne aucune marge de manœuvre au juge pour apprécier le danger des situations qui en résultent<sup>307</sup>. En adoptant, vis-à-vis de la polygamie, une démarche qui conduit l'épouse à choisir entre la peste et le choléra, le législateur met la partie la plus vulnérable, la femme et accessoirement les enfants, en demeure de choisir entre le partage des droits conjugaux avec une autre femme ou la perte de la totalité de ses droits et être livrée aux aléas de la vie.

La position de première épouse ne garantit pas aux femmes la préservation de leurs droits comme en témoigne une femme : « J'ai tenu bon pendant plusieurs mois, jusqu'au jour où il est devenu de plus en plus menaçant et nous a mis à la porte. Sa maîtresse était enceinte de lui et il n'avait donc plus besoin de mon autorisation. Cela fait maintenant sept ans qu'il nous a abandonnés, mes enfants et moi. Ma famille nous a recueillis, mais c'est à peine si nous arrivons à nous en sortir, car lui ne nous verse rien du tout. Il nous a tout simplement effacés de sa vie. C'est comme si ces vingt

---

n° 70-03 portant code de la famille.

<sup>305</sup> Article 86 du dahir n° 1-02-22 du 12 *Hija* 1424 (3 février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant code de la famille.

<sup>306</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit.*, p. 54.

<sup>307</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit.*, p. 39.

dernières années n'avaient jamais existé »<sup>308</sup>.

De plus, il ne faut pas oublier que le dispositif alternatif que constitue l'article 16 du Code de la famille en cas de refus de la première femme. Cette manœuvre frauduleuse lui permet de contourner l'autorisation de son épouse, et de contracter le mariage, la plupart du temps à la majorité de la seconde épouse ou après son accouchement comme l'explique une femme qui a été victime de cette pratique de la part de son conjoint lorsqu'elle a refusé sa polygamie : « [...] qu'il épouse une autre cela m'était égal, mais je voulais qu'il me donne mon dû : une maison, une pension et un divorce. Il a refusé [...] Sa maîtresse était enceinte de lui et il n'avait donc plus besoin de mon autorisation pour se marier »<sup>309</sup>.

Même si cet article avait initialement pour but de régulariser seulement les mariages célébrés conformément aux dispositions de l'*orf*, droit afro-berbère antérieur à la réforme et ceux qui peuvent être célébrés sur les mêmes bases juridiques durant une période transitoire de cinq ans, il est devenu l'ultime voie de recours des hommes voulant avoir une seconde femme.

La réaction des juges face à l'usage de cet article est pleine d'ambiguïté. Bien qu'ils n'ignorent en rien qu'un mariage sans contrat peut être considéré comme un adultère au Maroc, le *cadi* dans les régions conservatrices, en prétendant se positionner avant tout comme gardien de la morale et de la famille, se permet dans ce but de reconnaître le mariage dès lors qu'il y a un enfant et que le père peut subvenir aux besoins des deux ménages, ainsi le débat tourne court : « la polygamie est consacrée par Dieu, et le juge ne peut refuser l'autorisation à celui qui a *l'mada*<sup>310</sup> »<sup>311</sup>.

---

<sup>308</sup> MSEFFER Dounia, « Polygamie : le calvaire des coépouses », *Femme du Maroc*, 2016 [Consulté le 19 février 2020].

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> Les moyens financiers.

<sup>311</sup> Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, *op.cit.*, p. 54.

Par ailleurs, les tribunaux un peu plus progressistes ont une approche de la question, plus fidèle à l'esprit du texte de la loi et moins imprégnée de raisonnement religieux. « Le tribunal 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 »<sup>312</sup>. Ce faisant, le tribunal peut frapper de nullité partielle le contrat de mariage, le laissant produire par la même occasion ses effets dont le plus important reste la reconnaissance de paternité. Le juge va ainsi faire d'une pierre deux coups, voire trois : il conforte le respect des dispositions de la loi cherchant à limiter la polygamie, il prend soin de l'intérêt supérieur de l'enfant et assure la protection de ses droits conformément aux conventions internationales ratifiées par le Maroc et enfin il exerce un fort pouvoir de dissuasion, sur toute personne tentée par une telle démarche pour frauder la loi afin de devenir polygame<sup>313</sup>.

Si la pratique de la polygamie a pu se justifier au Maroc à une époque où la fonction socio-économique de la famille étendue était centrale, elle se trouve aujourd'hui hors du temps. La perception de la famille et sa fonction sociale ont connu de tels changements depuis près d'un siècle qu'elle n'apparaît plus du tout en phase avec la vision moderne de la famille actuelle telle qu'elle est défendue par les mouvements protecteurs des droits humains et établie par les textes internationaux auxquels le Maroc a adhéré.

Si la tentative du législateur pour l'évincer de manière douce et progressive est un échec aujourd'hui, cela tient au fait qu'elle reste encore enracinée dans la conscience sociale, comme le constate le rapport que la CNDH a établi sur le mariage polygame dans le pays. Le rapport du haut-commissariat au plan indique que le pourcentage de demandes de mariage polygame acceptées est de 0.3% du total des mariages conclus en 2015<sup>314</sup> mais il ne donne pas le nombre de mariages polygames

---

<sup>312</sup> Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, *op.cit*, p. 30.

<sup>313</sup> MAZOUZ Asma, *op.cit*, p. 118.

<sup>314</sup> Haut-commissariat au plan, *op.cit*, p. 111.

par rapport au nombre de demandes déposées.

En revanche le rapport du CNDH peut donner une idée de la prégnance du désir de contracter ce type d'union, car il ressort de son rapport que malgré une nette régression, la polygamie reste présente dans la société et qu'environ 43% des demandes instruites ont été acceptées<sup>315</sup>. De plus, le même rapport du CNDH dresse un constat peu flatteur vis-à-vis de la polygamie. Pour lui, elle demeure : « contraire à la dignité des femmes et des filles et porte atteinte à leurs droits fondamentaux et à leur liberté, y compris l'égalité et la protection au sein de la famille. La polygamie [...] a notamment pour effet de causer des dommages matériels et des privations aux épouses et des préjudices émotionnels et matériels aux enfants, avec souvent de graves conséquences pour leur bien-être »<sup>316</sup>.

La prorogation de l'article 16 qui n'avait initialement qu'une vocation temporaire permet à cette pratique de persister au sein de la société. Une persistance qui s'explique également par le fait qu'après tant d'années, la légitimité sociale du Code de la famille promulgué en 2004 est encore limitée au sein de la société. Une partie significative de la population range ce code parmi les textes complotistes visant à porter atteinte à la religion et au fondement de la nation, comme le démontre le langage employé par les Marocains lorsqu'ils donnent leurs avis sur la question<sup>317</sup>.

Pourtant, le roi en personne a rappelé que le Code de la famille n'a pour vocation que d'améliorer la situation de la vie des familles marocaines avec ces paroles : « Je ne peux, en ma qualité d'*Amir Al-Mouminine*, autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très-Haut a autorisé »<sup>318</sup>. La méconnaissance de la

---

<sup>315</sup> Conseil national des droits de l'homme, *op.cit.*, p. 13.

<sup>316</sup> *Ibid.*

<sup>317</sup> MELLAKH Kamal, « De la *Moudawana* au nouveau Code de la famille au Maroc : une réforme à l'épreuve de connaissances et perceptions ordinaires », *Femme, famille et droit au Maghreb*, Dossier de recherche, p. 34-35 [Consulté le 24 février 2020].

<sup>318</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2e année législative de la 7e législature en date 10 octobre 2003.

*Moudawana* donne l'impression au Marocain moyen qu'un droit naturel lui est refusé lorsque son second mariage est soumis à l'autorisation de sa femme et qu'il est contraint de respecter l'obligation juridique d'information qui en découle<sup>319</sup>.

Ainsi, les questionnements formulés par Allal al Fassi dans les années 1960 à propos de la polygamie et de ses effets néfastes pour la famille sont toujours d'actualité. Le maintien de la polygamie n'est qu'une extension de la perception que peuvent se faire les Marocains de la famille au sens large, du terme et de la place de la femme dans cette société qui vit dans un constant paradoxe et dont la famille reste la manifestation la plus palpable : « La famille marocaine est encore soumise à un certain nombre de facteurs sociaux contradictoires qui sont à l'image du système général du pays »<sup>320</sup>.

Dans sa perception du statut de la femme, la société est toujours prisonnière d'une vision archaïque, fondée sur la morale conservatrice la plus traditionnelle. Elle tire ses origines d'un héritage plus ou moins tribal qui date d'avant la *Moudawana*, qui s'est renforcé par la prescription religieuse dans sa version populaire, sans que les élites aient fourni une relecture des textes à la lumière des évolutions sociales que connaît le pays.

Ainsi le fait que la polygamie soit perçue comme une atteinte aux droits de l'homme, en ce qu'elle porte par la discrimination qu'elle instaure une atteinte grave au principe d'égalité entre les genres, ne suffit pas à convaincre l'ensemble des citoyens que sa pratique doit être abandonnée. La conviction que disposer de la femme à son gré, comme cela a été le cas dans certaines régions par le passé où la femme n'avait pas son mot à dire pour fixer son sort, et n'avait pour but que de satisfaire des besoins bien définis au nom de l'intérêt général tel que donner des héritiers mâles aux notables ou des bras pour la tribu en général, demeure présente dans l'esprit de nombreux Marocains.

---

<sup>319</sup> MELLAKH Kamal, *op.cit.*

<sup>320</sup> EL-FASSI Allal, *op.cit.*, p. 200.

Un constat s'impose : la situation de la femme dans le ménage depuis l'indépendance n'a pas vraiment changé. Allal el Fassi avait une vision conservatrice en matière de famille et voyait d'un mauvais œil l'influence exercée par l'Occident sur la perception de la famille avec sa contribution à l'explosion du tissu familial traditionnel : « l'orientation d'ensemble ne tend, généralement, qu'à emprunter à l'Occident [...] 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 »<sup>321</sup>.

Néanmoins il était pour la suppression de tout ce qui peut être nuisible à la famille et à son maintien, en respectant la spécificité de la famille marocaine : « [...] 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 »<sup>322</sup>.

Pour ce leader, la polygamie était une pratique essentiellement néfaste pour la famille et contraire à l'intérêt général actuel. Il plaçait l'institution familiale au-dessus de toute considération, et, pour lui, l'intérêt général était d'assurer avant tout sa préservation. Il écrit en 1956 : « Je considère, quant à moi, que l'intérêt islamique et social exige que l'on interdise [la polygamie] à l'époque actuelle, 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 [...] le Coran dit explicitement que la polygamie est interdite quand on craint l'injustice »<sup>323</sup>.

Il explique, par ailleurs, que le principe de la polygamie a été avant tout lié à la

---

<sup>321</sup> EL-FASSI Allal, *op.cit*, 1<sup>e</sup> éd., 1956, p. 201.

<sup>322</sup> EL-FASSI Allal, *op.cit*, p. 202.

<sup>323</sup> *Ibid*, p. 220.



recherche de la justice à l'égard des orphelins afin de les protéger ainsi que leurs biens dans une société tribale et patriarcale. Rappelant par la même occasion que les notions de justice et d'équité, ont évolué avec les changements historiques des sociétés et des cultures, ainsi « [...] 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 à la majorité des femmes du monde entier, comme une injustice à l'égard de la femme »<sup>324</sup>.

Il est manifeste que le législateur en matière de polygamie n'a tenu aucun compte des recommandations argumentées de Allal El Fassi, considéré comme le chantre du premier code de la famille, il a aussi omis de prendre en considération l'évolution qu'a connue la situation de la femme marocaine, au moins en milieu urbain, et de son insertion dans le monde économique et culturel, ou encore l'aspiration d'une large partie des élites culturelles, économiques, politiques à un alignement sur des standards sociaux internationaux.

La renaissance d'une mouvance conservatrice, touchant une large partie des milieux populaires, attachée à une farouche reproduction des usages traditionnels a joué, c'est évident un rôle de frein dans des évolutions amorcées. Celle-ci demeure indifférente à tout effort pour accroître la compréhension des textes de base, et conteste en fait leur légitimité dès qu'ils apportent une modification des règles sociales. Ils ne pensent qu'à asseoir et maintenir leur domination sur la partie la plus faible de la société à savoir les femmes, particulièrement dans les milieux ruraux et périurbains, encore rongés par l'inégalité des genres et l'analphabétisme.

---

<sup>324</sup> *Ibid*, p. 221.

## Chapitre 2. La mise en œuvre des droits reconnus et à reconnaître à l'enfant

L'un des objectifs que le Maroc s'est fixé en matière familiale est d'assurer la protection de l'enfance. Cette protection passe en premier lieu par le droit, car les premiers contacts de l'enfant avec la société apparaissent et se développent par l'intermédiaire de sa famille. Ainsi, le Code de la famille de 2004 place l'enfant et le bien-être de l'enfant au centre de ses préoccupations. Mais dès son adoption par le législateur marocain ce code a révélé ses limites, même s'il repose sur de bonnes idées comme la fixation de l'âge minimum du mariage à 18 ans pour les jeunes garçons et filles afin de leur éviter un mariage trop précoce.

Les défauts du nouveau code sont aisément perceptibles en matière matrimoniale car malgré l'effort engagé par le législateur pour contrôler l'âge du mariage dans le pays et l'uniformiser, le facteur social est resté déterminant des comportements en la matière, conduisant à la persistance de la pratique du mariage des jeunes filles mineures (**Section 1**) tout comme le facteur socioreligieux continue de jouer en matière de filiation, suscitant les mêmes controverses qu'auparavant quant à la *kafala* (**Section 2**).

### Section 1. Le mariage des mineures : entre vide juridique et protection sociale

Le concept de majorité de l'être humain se conçoit dans les sociétés traditionnelles anciennes d'une manière différente du nôtre. Il n'y existe en effet pas d'âge clairement défini pour fixer la majorité. Il ne s'agit pas d'atteindre un seuil qui

se calcule en durée quantifiée. Cette majorité dépend surtout de la puberté de l'enfant. C'est à titre exceptionnel que, pour l'accomplissement de certaines obligations sociales, les sociétés traditionnelles prédéterminent un âge.

Ainsi, en droit romain, en l'absence d'âge de majorité légale du fait de la prédominance de la *patria potestas*, les Romains avaient décidé que pour le mariage il fallait fixer un seuil légal en la matière. Ainsi la majorité matrimoniale était atteinte au moment où l'enfant pouvait procréer et donner des héritiers. Ainsi l'âge fixé par les Romains était de quatorze ans pour l'enfant masculin et douze ans pour l'enfant féminin, alors qu'aucun âge n'était fixé pour les fiançailles dans la mesure où les intéressés étaient conscients de leur engagement, c'est-à-dire dès lors qu'ils avaient atteint l'âge de sept ans<sup>325</sup>.

Pour le monde arabophone, la même règle s'appliquait à savoir la puberté est le début de l'âge adulte. Le système tribal se fondait avant tout sur la capacité de défendre la tribu qui surpassait tout autre élément. Après la conversion des tribus arabiques à l'islam, les critères sont restés les mêmes : ainsi le premier critère est *Al-hulum*<sup>326</sup> et le second est la capacité d'accomplir certains devoirs religieux comme l'a rapporté Ibn Omar lorsque le prophète l'a empêché de participer à la bataille de *Uhud* à ses quatorze ans. En revanche il a pu participer à la défense de Médine alors qu'il avait atteint ses quinze ans. Pour une femme, le critère déterminant est le fait d'avoir ses menstruations : ce fait fixe l'âge de sa majorité matrimoniale<sup>327</sup>.

Durant ces temps anciens, se retrouve donc une conception de la majorité civile et matrimoniale assez primaire dans la mesure où elle dépend presque exclusivement

---

<sup>325</sup> YOUNG Dominique, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesses en difficulté*, 2011 [Consulté le 12 mars 2020].

<sup>326</sup> La capacité à avoir des pollutions ou orgasmes nocturnes, pour la fille et pour le garçon, comme en témoigne le verset 59 sourate *a-nur*, et c'est surtout lié à la capacité de s'acquitter de ses obligations religieuses.

<sup>327</sup> IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-salat* (livre des prières) : *hadith* n° 251, *hadith* n° 252 », *Les Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

surtout de la capacité de l'individu à procréer. Cette approche a été conservée par les juristes arabo-musulmans jusqu'au moment où ils ont décidé de mettre fin à la disparité d'âge que pouvait engendrer de tels mariages. Ce changement est forcément passé par le droit et l'influence du droit occidental sur la société islamique.

Ainsi le changement d'approche des pays arabo-musulmans s'est opéré à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. La première manifestation de cette évolution fut le code égyptien, qui eut un caractère plus nationaliste que religieux comme en témoigne les propos de Saad Zaghlul<sup>328</sup> : « Ni coptes, ni musulmans, mais Égyptiens »<sup>329</sup>. Ce mouvement influença le droit moderne égyptien ainsi que les décisions relatives au droit de la femme dans la société égyptienne, surtout en matière de statut personnel<sup>330</sup>. Le *khédiv* instaura un droit procédural afin de limiter l'âge de mariage, sans pour autant fixer l'âge du mariage clairement. Ainsi tout contrat était interdit aux mineurs<sup>331</sup>.

D'autres pays, comme le Yémen<sup>332</sup> ou l'Arabie Saoudite, ont à l'inverse fait le choix de rester fidèles à la doctrine islamique traditionnelle. Les mariages des mineurs y sont restés courants jusqu'à ces dernières années où le célibat semble avoir progressé au sein de la population<sup>333</sup>.

Au Maroc, la pratique avant et durant le protectorat, était de fiancer la fille mineure, parfois avant même ses dix ans : ce qui est appelé en *darija*<sup>334</sup> *rcha'm*. ces fiançailles précoces conduisaient ensuite inéluctablement au mariage une fois les

---

<sup>328</sup> Homme politique égyptien, figure de proue du mouvement indépendantiste et nationaliste.

<sup>329</sup> **BOTIVEAU** Bernard, « L'ambivalence du droit de la famille », *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Institut de recherches et d'études sur les mondes arabes et musulmans, 1993, p. 191-231.

<sup>330</sup> **QASIM** Amin, *Tahrîr al-mar'a* (La libération de la femme) a été publié au Caire en 1907.

<sup>331</sup> **ABU-SAHLIEH** Sami Awad Aldeeb, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 92.

<sup>332</sup> *Ibid.*

<sup>333</sup> **DE BEL-AIR** François, « Mariage tardif et célibat au Moyen-Orient : quels enjeux ? », *Les Métamorphoses du mariage au Moyen-Orient*, Presses de l'Ifpo, 2008, p. 119-150.

<sup>334</sup> Arabe dialectal marocain.

premières menstruations apparues, comme en témoignent les dires de Allal El Fassi : « Ainsi les pires formes d'obligations qu'on garde encore dans certaines de nos régions, surtout à Tétouan, c'est le mariage des mineures ou du moins leurs fiançailles et leurs mariages après un certain moment. Ainsi la fille, une fois la puberté atteinte, se trouve livrée par sa famille à un époux, plus âgé qu'elle dans la plupart des cas »<sup>335</sup>.

Le Maroc a fait le choix de mettre fin à ce genre de pratique en adoptant son premier code de statut personnel, décidant de tirer profit des recommandations de la commission des *oulémas* de l'époque placée sous la direction du même Allal El Fassi. Il restait alors beaucoup de pratique d'un autre temps en matière de la famille au Maroc, et le législateur estima qu'il était temps de tirer des leçons de l'héritage français en matière de droit mais aussi de tenir compte du fait que l'émancipation de la femme a commencé au moment où elle avait lutté côte à côte pour l'indépendance du pays<sup>336</sup>.

Ainsi la première règle que le législateur marocain décida d'abolir fut le *d'jabr*<sup>337</sup>, sur la base de *hadiths*<sup>338</sup> et des observations de Allal El Fassi qui considérait que le chemin d'émancipation de la femme à l'époque passait avant tout pas le choix de l'époux et la réalisation de bonheur marital.

Allal El Fassi montra sa volonté de fixer un âge légal pour le mariage, en profitant de l'expérience française et égyptienne en la matière. Il préconisa l'établissement d'un âge matrimonial qui permettrait aux personnes de se marier sans contrevenir à la loi, mettant par la même occasion fin aux pratiques qui étaient

<sup>335</sup> EL-FASSI Allal, *op.cit*, p. 260.

<sup>336</sup> « La femme, majeur dans ma résistance, sera-t-elle mineure dans l'indépendance », *Perspectives marocaines*, bimensuel, n° 20-21, 20 août - 5 septembre 1956

<sup>337</sup> Cette pratique, typique du rite malékite, permettait au *wali* (tuteur de la femme) d'obliger sa pupille de se marier à une personne qui lui était choisie, contrevenant par la même occasion au *hadith* de base qui disait : « On ne marie pas la femme qui a déjà connu le mariage sans lui demander son ordre et on ne marie pas la femme vierge sans lui avoir demandé la permission [...] ». Il ressort de ce *hadith* l'obligation et l'importance de l'avis et du consentement de la femme en matière de mariage.

<sup>338</sup> *Sahih* Mouslim – 16 – Livre du Mariage » *Hadith* n° 1419.

courantes au Maroc à savoir le mariage à l'insu des enfants mineurs, qu'il s'agisse de garçons ou de filles<sup>339</sup>.

Le Code de statut personnel de 1958 a donc intégré ces consignes en son sein, donnant lieu à la première codification moderne du statut familial au Maroc. Ainsi le principe du *d'jabr* a volé en éclats dès les premiers développements du code relatifs au statut de la famille qui rappellent que le consentement de la future épouse est primordial et qu'en aucun cas son *wali* ne peut user de sa prérogative de contrainte, sauf dérogation<sup>340</sup>. Ainsi l'article 5 du code rejetant le *d'jabr* complète l'article 4 qui dispose quant à lui qu'il n'est plus accepté que le consentement clair et concis<sup>341</sup>.

Un autre élément vient par la suite renforcer la protection du mineur : il s'agit de l'établissement d'un âge matrimonial, ainsi que l'avait préconisé Allal El Fassi. Mais contrairement à ce qu'il défendait<sup>342</sup> et au droit égyptien dont il voulait s'inspirer<sup>343</sup>, le législateur a voulu définir l'âge où il a jugé que l'homme était capable d'entretenir une famille et la fille capable de procréer, donc fixer 18 ans pour l'homme et 15 ans pour la fille<sup>344</sup>.

Mais cette protection n'est pas totale, car le législateur, en dépit du profond désir de réforme qui l'animait, est resté assez prudent quant au nombre d'entorses au droit musulman qu'il voulait introduire en droit marocain, souhaitant le moderniser sans pour autant trop s'éloigner de la source qui nourrissait ce droit que constitue

---

<sup>339</sup> EL-FASSI Allal, *op.cit*, p. 264.

<sup>340</sup> Article 5 de la *Moudawana* de 1958.

<sup>341</sup> Article 4 de la *Moudawana* de 1958.

<sup>342</sup> « Ainsi il faudra prendre en considération les codes sociaux dans la limitation de l'âge, parce que la société occidentale n'est pas le Maroc ou l'Égypte par exemple. C'est pour cela qu'on pourra interdire le mariage des mineurs jusqu'à leurs 15 ans, car c'est l'âge de la puberté pour la plupart des jeunes dans les deux sexes ». EL-FASSI Allal, *op.cit*, p. 266.

<sup>343</sup> L'Égypte adopte un système de limitation procédurale, ainsi les *mazouns* (notaire de mariage musulman), ne peuvent conclure ou authentifier un mariage à moins que la femme ait atteint l'âge de 16 ans et l'homme l'âge de 18 ans. ABU-SAHLIEH Sami Awad Aldeeb, *op.cit*, p. 92.

<sup>344</sup> Article 8 de la *Moudawana* de 1958.

l'islam tel qu'envisagé par l'école malékite.

Le législateur a donc décidé d'aménager et préserver un certain nombre d'exceptions, permettant que la règle liée à l'âge soit contournée par le mineur. Animé par la pudeur, dans son article 8 le législateur de 1958 dispose que si jamais il y a des difficultés à craindre pour le garçon, il est préférable et donc possible de saisir le juge afin d'obtenir une dérogation à l'âge pour que le jeune puisse contracter le mariage. Ce même esprit anime les dispositions prises vis-à-vis de la fille<sup>345</sup>. Ainsi le droit du *d'jabr* est enlevé au tuteur légal, mais réservé au juge qui devient le « tuteur des sans tuteur » ou « *Wali ma'n la waliya lahou* ».

L'article 5 dresse la liste des exceptions à la règle générale qui est le consentement de la femme en renvoyant aux articles 12 et 13 de ce même code. Ainsi l'article 12 prévoit un droit de jouissance pour la femme mineure en matière matrimoniale, mais pas d'usage de ce droit, car seul un mandataire de genre masculin peut l'exercer en son nom, même lorsqu'elle a une tutrice légale<sup>346</sup>. Mais le pouvoir du juge est renforcé dans l'article 13 qui dispose clairement que le juge peut intervenir pour marier la jeune fille en cas de conflit avec le tuteur légal ou de refus non justifié de ce dernier, à condition bien sûr que ledit prétendant puisse assurer l'entretien de la jeune épouse.

Ainsi les dispositions de 1958<sup>347</sup>, sont surtout animées et imprégnées de cet esprit conservateur. Le juge peut intervenir à n'importe quel moment afin de protéger la fille chaste et vierge de la dépravation, pour éviter par exemple qu'elle ne prenne la fuite avec un prétendant, mais aussi le garçon et lutter contre la débauche. Comme le conseille Allal El Fassi : « il faudra permettre à l'adolescent de se marier, afin de ne

---

<sup>345</sup> Article 9 de la *Moudawana* de 1958.

<sup>346</sup> Article 12 alinéa 3 de la *Moudawana* de 1958 : « ... 3° La tutrice testamentaire (Oussia) doit déléguer un mandataire mâle pour contracter mariage au nom de sa pupille... ».

<sup>347</sup> Ces mêmes dispositifs sont repris par le texte de 1993.

pas l'encourager à pratiquer la prostitution durant toute la période de son célibat »<sup>348</sup>.

Finalement, le législateur de 1957 a voulu mettre fin aux traditions courantes avant l'indépendance, en gardant une part de ces traditions dans les textes légaux. Le consentement donné reste alors fortement lié à la volonté du tuteur qui peut se voir retirer ce droit à la suite de l'intervention du juge. Ainsi, le seul consentement de la personne n'est pas suffisant jusqu'à sa majorité, ce qui donne une importance de premier ordre au *wali*.

Le vrai changement a lieu avec la réforme de 2004 qui survient après une suite de débats et au cours de laquelle il a été essayé de prendre en considération les mêmes paramètres qu'à l'occasion de l'adoption du premier code en 1958, à savoir rester fidèle à l'islam qui reste le référentiel de la famille et de l'État marocain.

- L'impact de la réforme de 2004

La première impression qui se dégage du texte de loi est le souhait de modernisation, de changement et la quête d'égalité entre les genres. De nombreuses dispositions illustrent et conforment ce sentiment : par exemple on observe un passage de la sauvegarde des intérêts moraux et matériels tels que dégagés de l'article 34<sup>349</sup> de l'ancien Code du statut personnel à des directives bien plus détaillées dans les articles 52, 53 et 54 du Code de la famille. Mais ces dispositions ne sont pas les seules qui jettent les bases d'une égalité au sein du couple. La quête d'égalité se mesure bien avant la fondation du foyer lui-même, car le législateur a voulu rompre avec certaines pratiques ayant subsisté jusqu'au seul du XXI<sup>e</sup> siècle.

Ainsi la capacité matrimoniale est alignée sur l'âge de la majorité civique. Cela permet tout d'abord de faire en sorte que la capacité matrimoniale soit acquise au

---

<sup>348</sup> EL-FASSI Allal, *op.cit*, p. 266.

<sup>349</sup> Article 34 de la *Moudawana* de 1958 : « Les droits et devoirs réciproques entre époux sont : 1° La cohabitation ,2° Les bons rapports, le respect et l'affection mutuels ainsi que la sauvegarde des intérêts moraux et matériels de la famille, 3° Les droits de succession, 4° Les droits de la famille, tels que le rattachement aux époux des enfants nés du mariage et la création d'une parenté par alliance ».



même moment que de la capacité juridique, à savoir 18 ans pour le garçon et la fille, ce qui met ainsi fin à l'inégalité entre eux. L'objectif est bien évidemment de mettre fin au mariage des filles mineures, car en appliquant la même règle à tous, tous pourront bénéficier des mêmes dérogations relatives au mariage.

Cela répond aussi à un souci d'ordre socio-économique, répondant aux directives du plan d'action pour l'intégration de la femme au développement<sup>350</sup>.

Le second point à propos duquel le législateur cherche à apporter une réponse égalitaire concerne tout ce qui relève de la tutelle matrimoniale. Avoir mis fin à une telle institution constitue une victoire du mouvement féministe et libéral vis-à-vis de « la soumission féminine, le patriarcat, l'archaïsme et la puissance masculine, notamment paternelle »<sup>351</sup>.

Dans un souci d'égalité et de changement, le législateur fait en sorte de mettre toutes les femmes sur le même pied d'égalité. Ainsi la femme majeure, quelle que soit sa situation, peut exercer son droit de tutelle matrimonial si elle en fait le choix<sup>352</sup>. Cette situation était très sensiblement différente avant 2004, parce qu'alors seule une femme orpheline de père pouvait conclure par elle-même son mariage<sup>353</sup>, tandis qu'une femme ayant encore son père ne pouvait que choisir un mandataire<sup>354</sup> parmi les

---

<sup>350</sup> Ce plan a été proposé par le Secrétariat d'État pour l'Enfance et la famille du gouvernement d'alternance de 1998 et préparé activement par les associations féminines marocaines comme l'Union de l'Action Féminine, l'Association marocaine pour les droits des femmes et l'association Démocratique des femmes du Maroc. Ce plan propose un ensemble de mesures multidisciplinaires ayant trait à l'éducation de la femme, la préservation de sa santé, sa condition économique et sa condition juridique.

<sup>351</sup> **MONJID** Mariam, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille*, L'Harmattan, 2009, p. 50.

<sup>352</sup> Articles 24 du code de la famille : « La tutelle matrimoniale (wilaya) est un droit qui appartient à la femme. La femme majeure exerce ce droit selon son choix et son intérêt », et 25 du code de la famille : « La femme majeure peut contracter elle-même son mariage ou déléguer à cet effet son père ou l'un de ses proches ».

<sup>353</sup> Article 12 alinéa 2 de la *Moudawana* de 1958 : « La femme mandate son Wali pour la conclusion de l'acte de mariage ».

<sup>354</sup> Article 12 alinéa 3 de la *Moudawana* de 1958 : « La tutrice testamentaire (Oussia) doit déléguer un

hommes formant une liste bien définie et qui pouvait apparaître un peu absurde à ceux qui y portaient un regard extérieur. En effet, toute personne masculine inconnue pouvait être élevée au rang de tuteur légal du moment qu'elle était de confession musulmane, majeure et capable de discernement<sup>355</sup>. Cette liste fut supprimée bien heureusement supprimée à l'occasion de cette réforme.

Cette égalité que le législateur voulait insuffler au texte, transparaisait encore dans l'envie d'émanciper les femmes des hommes et les plaçant par la même occasion sur un même pied d'égalité pour ce qui regarde leur futur matrimonial. Le privilège accordé par le passé à l'homme seul disparaît alors.

Malgré l'avancée que le statut de la femme a pu connaître en droit de la famille au Maroc grâce aux innovations introduites par le législateur dans le Code de la famille, ce dernier a parallèlement maintenu les prérogatives du juge en la matière et les a même renforcées quand il s'agit de marier des personnes mineures. Même si la formulation légale a changé par rapport à celle de l'article 8 du Code du statut personnel, l'esprit et la vocation du nouveau texte restent identiques dans l'article 20 qui l'a remplacé depuis 2004.

Le but de cet article est de lutter contre les mariages précoces imposés par le tuteur légal en confiant les rênes de ce type de mariage au juge. Ce dernier doit faire preuve d'objectivité pour apprécier chaque situation et par la même occasion mettre fin aux pratiques de mariages précoces si ce n'est lorsque ces unions se justifient par la volonté du représentant légal de préserver l'honneur ainsi que l'intégrité corporelle et psychologique du mineur ou de la mineure dont il demande l'union. Le législateur se montre précautionneux en demandant au juge de motiver ses décisions après avoir

---

mandataire mâle pour contracter mariage au nom de sa pupille ».

<sup>355</sup> Article 11 de la *Moudawana* de 1958 : « Les tuteurs matrimoniaux (awlya) sont, par ordre de priorité : le fils ; le père ou le tuteur testamentaire désigné par lui ; le frère ; le fils de frère ; le grand-père paternel, et ainsi, de proche en proche, suivant le degré de parenté, la qualité de germain devant l'emporter sur toute autre ; le parent nourricier ; le juge ; enfin, tout membre de la communauté musulmane. Tout tuteur doit être de sexe masculin, doué de discernement et majeur ».

procédé à des expertises médicales et enquêtes sociales et avoir convoqué les représentants légaux de la personne mineure<sup>356</sup>.

Le souci de protection du mineur ressort clairement du renforcement du rôle conféré au magistrat érigé en juge de l'enfance afin de faire barrière à tout abus de l'influence dont jouit le représentant légal à l'égard des mineurs placés sous son autorité et à éviter qu'il puisse tenter d'avancer des justifications fallacieuses vis-à-vis de l'enfant qu'il désire marier pour pouvoir en tirer un quelconque profit. Un reproche peut cependant être fait à cet article : il ne détaille en aucun cas les raisons pour lesquelles le juge peut accorder cette dérogation. Il en résulte ainsi que ces raisons restent d'ordre subjectif et doivent être appréciées au cas par cas par le juge qui doit agir en l'occurrence en bon père de famille.

Enfin, il faut souligner la place que le législateur a voulu accorder au mineur dans la prise de décision relative à un futur mariage. Cela se traduit par l'obligation de signature du mineur à côté du tuteur et sa présence lors de l'établissement de l'acte de mariage<sup>357</sup>. Ces modalités particulières répondent à un souci de transparence afin de s'assurer que ce mariage n'est pas la conséquence d'une manipulation ou d'une pression exercée par le représentant légal.

Par ces réformes le législateur essaie de placer l'enfant au centre du dispositif du Code de la famille tel qu'adopté en 2004 que ce soit au regard de l'âge légal du mariage, mais encore pour ce qui concerne le divorce, la garde, la pension... en se basant sur la protection ou préservation de l'intérêt suprême de l'enfant. Il respecte de

---

<sup>356</sup> Article 20 du Code de la famille : « Le juge de la famille chargé du mariage peut autoriser le mariage du garçon et de la fille avant l'âge de la capacité matrimoniale prévu à l'Article 19 ci-dessus, par décision motivée précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage. Il aura entendu, au préalable, les parents du mineur ou son représentant légal. De même, il aura fait procéder à une expertise médicale ou à une enquête sociale.

La décision du juge autorisant le mariage d'un mineur n'est susceptible d'aucun recours ».

<sup>357</sup> Article 21 du Code de la famille : «...L'approbation du représentant légal est constatée par sa signature apposée, avec celle du mineur, sur la demande d'autorisation de mariage et par sa présence lors de l'établissement de l'acte de mariage...».

la sorte l'engagement que le Maroc a pris en 1993 lors de la signature de la convention internationale des droits de l'enfant. Pourtant, malgré les efforts déployés par les autorités depuis 2004, la situation de mariage des mineurs reste problématique au Maroc.

Il faut se rappeler que beaucoup de voix s'étaient élevées parmi les membres des associations féministes avant la réforme afin de faire interdire catégoriquement le mariage des mineurs, et tout particulièrement des filles, dans la mesure où ces unions précoces peuvent avoir pour elles des répercussions morales et physiques importantes. Pour autant, le législateur n'a pas souhaité répondre favorablement à ces demandes.

En effet, l'interdiction pure et simple du mariage peut être critiquée à plusieurs égards : « d'abord une telle prohibition aurait pour effet [...] de créer un certain fossé entre la loi et la pratique [...] il [le mariage du mineur] est surtout une pratique coutumière liée intimement et étroitement aux réalités sociales, culturelles et surtout économiques. [...] Ensuite, l'interdiction du mariage du mineur pourrait être dans quelques cas nuisibles à l'intérêt même de l'enfant. Quelques mariages précoces exceptionnels peuvent être tolérés si d'une part ils ne portent aucune atteinte à la santé physique et morale de l'enfant et si d'autre part ce dernier se trouve dans une situation tellement particulière et tellement exceptionnelle qu'elle rend son mariage recommandé »<sup>358</sup>.

Ainsi, le législateur a décidé d'adopter une approche plus souple s'agissant du mariage des mineurs, afin de sauvegarder l'intérêt des mineurs sans pour autant froisser une large frange de la population qui aurait pu entrer en rébellion et rejeter le nouveau code si elle avait éprouvé un sentiment de rupture ou de contradiction avec ses pratiques ancestrales et sa culture. La conséquence fâcheuse de cette approche souple est le décalage de plus en plus visible tant il va grandissant entre la vision modernisatrice du législateur et la pratique *contra legem* qui relève de la survivance de

---

<sup>358</sup> MONJID Mariam, « Le mariage du mineur en droit marocain », *Revue internationale de droit comparé*, Année 2015, 67-1, p. 211-212

perceptions et traditions locales et culturelles.

Ce non-respect de la loi combiné à l'ambiguïté de l'attitude du législateur lui-même n'apporte aucune amélioration ni solution à la question des mariages précoces. Si dans certaines régions reculées du Maroc, le mariage des mineurs stagne dans d'autres, il connaît une hausse. Dans la société marocaine le mariage recèle tout à la fois une symbolique culturelle et religieuse.

La symbolique culturelle vise le fait d'agrandir la famille et marquer le passage à l'âge adulte tandis que la symbolique religieuse réside dans l'érection du mariage au rang de bénédiction et de devoir religieux. Comme cela se dit parfois, « c'est à moitié de la religion ». Il est par ailleurs censé protéger les jeunes contre la débauche.

Ainsi dans les grandes villes et grandes métropoles comme Rabat et Casablanca l'âge moyen du mariage a connu une hausse significative, due à l'augmentation de la durée des études et donc l'âge de la fin des études. Ainsi, par exemple, à Casablanca l'âge auquel des mineurs se marient est passé à 16 ans chaque fois que l'honneur de la famille n'est pas en jeu, alors qu'à Tétouan, les demandes sont surtout faites par des familles touchées par la pauvreté ou par des familles issues des campagnes alentours<sup>359</sup>, ainsi les statistiques du tribunal de Casablanca démontrent qu'en 2005, 32 demandes furent satisfaites sur un ensemble de 2159, soit 1,48 % des demandes faites alors qu'à Tétouan ce sont 57 demandes qui ont été satisfaites sur un ensemble de 420 demandes soit 13,57 %, un tribunal où la question de l'âge ne pose pas problème.

Dans les zones rurales et chez certaines familles traditionnelles, le mariage passe avant les études comme l'explique ce témoignage : « Elles doivent faire des études comme les garçons, mais si un mari se présente, hors de question de le mettre à la porte »<sup>360</sup>. Selon les parents, les prétendants cherchent le plus souvent de jeunes filles et rater l'occasion et pour eux ainsi que pour la mineure serait synonyme

---

<sup>359</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit.*, p. 46.

<sup>360</sup> « *Moudawana : Opinion de la rue* », *Telquel*, 2004 [Consulté le 3 avril 2020].

d'échec. Ce discours, loin d'être une simple rhétorique, se retrouve aussi dans les propos des mineures elles-mêmes qui jugent que « si elle[s] rate[nt] cette occasion, est-ce qu'elle[s] pourr[ont] se marier par la suite ? »<sup>361</sup>.

Cette tendance se renforce surtout dans le Maroc rural et parmi les familles fraîchement arrivées en ville depuis la campagne, où la scolarité s'arrête très tôt et où à défaut d'activité rémunérée, le mariage reste pour beaucoup la seule échappatoire. La maturité pour se marier se décide alors par la capacité de la jeune fille de moins de 18 à gérer et organiser son nouveau foyer<sup>362</sup>, sans prise en considération des difficultés physiques et psychiques qui peuvent suivre une grossesse précoce. Toute intervention de la part du juge dans le but de clarifier les enjeux de pareils mariages peut donner lieu à des réponses comme : « regarde sa mère qui s'est mariée à l'âge de 15 ans, elle n'a aucun problème ! »<sup>363</sup>.

Cette vision du mariage de la fille mineure découle de l'analphabétisme, la pauvreté et l'objectification de la jeune fille qui est perçue comme une bouche à nourrir et dont il faut se débarrasser. L'abandon prématuré de l'école consolide son statut inférieur au sein du foyer et en fait une personne qu'il faut marier avant « expiration »<sup>364</sup>. Même si le taux de mariages précoces célébrés a connu un certain déclin au Maroc comme la montre les chiffres collectés durant dix ans<sup>365</sup>, les taux restent néanmoins assez élevés, ce qui a des répercussions sur le taux d'alphabétisation des jeunes filles en milieu rural<sup>366</sup>.

---

<sup>361</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit*, p. 31.

<sup>362</sup> « *Moudawana : Opinion de la rue* », *Telquel*, 2004 [Consulté le 3 avril 2020].

<sup>363</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit*, p. 31.

<sup>364</sup> « La Femme est encore considérée comme bonne à marier et que les études ne vont rien lui apporter. On a eu des exemples alarmant, une jeune nous a dit que la femme était comme un yaourt, si elle dépasse la date limite de consommation, on doit la jeter à la poubelle ». **BAILLEUL** Adeline, « Mariage des mineurs : sur les traces de la caravane « Touda Khatoune » avec la Fondation ytto », *Huffpost Maroc*, 2015 [Consulté le 3 avril 2020].

<sup>365</sup> **Haut-commissariat au plan**, *La femme marocaine en chiffres : Evolution des caractéristiques démographiques et socioprofessionnelles*, Maroc, 2018, p. 20.

<sup>366</sup> *Ibid*, p. 47.

La survivance du mariage des mineurs, surtout de jeunes filles, crée un paradoxe vis-à-vis de la loi, plaçant par la même occasion le Maroc en mauvaise posture en comparaison avec les pays voisins, comme le traduisent les propos de Samira Bik : « En Tunisie le mariage est interdit en dessous de 17 ans, mais le nombre de mariages de mineurs enregistrés est moins important, l'Algérie interdit les unions en dessous de 19 ans »<sup>367</sup>.

Cette situation compliquée est la conséquence des mœurs ancrées dans la société, à la manière dont la loi est rédigée et à celle dont elle est appliquée. Il existe en effet un flou textuel qui accroît la liberté dont jouit le juge dans l'application des textes et l'appréciation qu'il peut faire de chaque cas qui lui est soumis. Cette analyse conduit des représentants de la société civile à critiquer deux articles : l'article 20 du Code de la famille qui permet au juge d'autoriser par dérogation le mariage d'un mineur et l'article 16 du même code, critiqué depuis longtemps, en vertu duquel le mariage peut être reconnu ultérieurement à sa conclusion.

Ainsi l'article 20 pose un double problème : à savoir le silence du législateur sur un âge limite pour le mariage du mineur et la large marge de manœuvre qu'il laisse au juge dans l'évaluation de « l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage »<sup>368</sup>. Ainsi le juge peut user de cette dérogation dès que l'ordre social et économique du mineur le justifie.

Aux yeux du juge, le mariage apparaît comme un sauvetage pour l'enfant, qui dans la quasi-majorité de ces cas est issu d'une famille nombreuse, avec une situation très précaire, voire désastreuse. Dans de pareilles situations, le juge peut estimer que l'intérêt de l'enfant justifie le mariage auquel il donne conséquemment son

---

<sup>367</sup> CHAMBOST Pauline, « Mariage des mineures : la situation marocaine pire que celle de ses voisins », *Telquel*, 2015 [Consulté le 3 avril 2020].

<sup>368</sup> Article 20 du Code de la famille : « Le juge de la famille chargé du mariage peut autoriser le mariage du garçon et de la fille avant l'âge de la capacité matrimoniale prévu à l'Article 19 ci-dessus, par décision motivée précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage ».

autorisation<sup>369</sup>.

Un autre poids pèse sur le juge lorsqu'il est saisi d'une demande d'autorisation de mariage d'un mineur : c'est le poids socio-moral qu'a le mariage, et le rôle de gardien des mœurs et la bien-pensance collective. Le juge se voit contraint d'autoriser le mariage quand une jeune fille, n'ayant pas l'âge de se marier tombe enceinte hors du mariage, après avoir eu des relations avec un prétendant que sa famille refusait parfois jusque-là.

C'est le cas de figure qui prévaut dans les décisions favorables aux mariages de mineurs prises par la Section de Casablanca<sup>370</sup>. Pourtant, cette approche n'est pas toujours la bonne et peut engendrer des drames comme l'a prouvé le cas d'Amina Al Filali, dont l'épilogue malheureux, le suicide de la jeune fille, a provoqué une vague d'indignation dans le pays<sup>371</sup>.

Le pouvoir qui lui est accordé par la morale, lui permet même d'agir quand il y a juste suspicion ou crainte que la jeune fille en question tombe enceinte. Il doit se décider après avoir écouté ses parents ou représentants, qui la plupart du temps avancent des arguments tels l'intérêt de leur enfant ou l'envie de sauvegarde de son intégrité physique et morale en le protégeant de la tentation, préservant ainsi par la même occasion son honneur et celui de la famille tout entière<sup>372</sup>.

---

<sup>369</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit.*, p. 32.

<sup>370</sup> « Le cas d'une fille de 13 ans qui a été autorisée à se marier justement parce qu'elle était enceinte », **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit.*, 2007, p. 47.

<sup>371</sup> Alors que la famille de la victime avance le viol et la sauvegarde de l'honneur comme raison de ce mariage, le principal suspect de l'affaire, le mari, argue d'une relation amoureuse et de sentiments qui n'ont certes pas duré mais qui avaient conduit la victime à consentir au mariage. Quoiqu'il en soit, l'accord donné par le juge sans approfondissement de la question peut être considéré comme une raison indirecte dans le suicide, « L'entourage d'Amina El Filali se confie », *Le Soir Echos*, 30 mars 2012, [Consulté le 10 avril 2020].

<sup>372</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit.*, p. 47.



Cette application extensive de l'article 20 doit bien sûr être relativisée car le juge marocain doit rester un juge social et moral avant tout. Or, la lecture diverse que fait le juge de l'article est avant tout dictée par la zone territoriale du tribunal. Ainsi comme l'expliquent les magistrats à Casablanca « l'âge minimum requis pour accorder l'autorisation a été fixé à 16 ans. Cela à chaque fois que la demande remplit les conditions de l'octroi de la dispense d'âge »<sup>373</sup>. Ailleurs, la question de l'âge ne se pose pas ou ne se pose pas dans les mêmes termes.

Le juge peut demander une expertise médicale comme le lui permet le code, comme l'évoque un magistrat de Tanger dans ses propos « la fille n'est tenue de se soumettre à une expertise médicale que dans les cas où son âge se situe entre 16 et 18 ans »<sup>374</sup>, cela contrairement aux régions plus conservatrices comme Tétouan où les magistrats se préoccupent peu de la question de l'âge tant que la personne peut prendre en charge la personne mineure et subvenir à ses besoins<sup>375</sup>. Cette différence de lecture du texte et d'interprétation a dès lors des répercussions sur le nombre d'autorisations accordé par les tribunaux<sup>376</sup>.

L'article 21 du Code de la famille subordonne l'accomplissement du mariage à l'accord préalable du mineur et de son représentant légal, accord qui la plupart du temps est acquis de la part des deux parties au seul motif que le mariage est la meilleure chose qui peut arriver à la jeune mineure et qu'en même temps c'est un moyen de la protéger mais c'est aussi un moyen de raviver la pratique du *d'jabr*.

Ainsi, les efforts déployés par l'État pour lutter contre cette pratique depuis l'élaboration des premiers textes sous les auspices du Roi Mohammed V restent vains. Déjà le maintien dans l'article 5 du Code du statut personnel du tuteur matrimonial, assorti de l'interdiction faite à ce *wali* de recourir au *d'jabr*, n'avait pas produit les

---

<sup>373</sup> Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, *op.cit*, p. 47.

<sup>374</sup> Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, *Ibid*, p. 32.

<sup>375</sup> Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, *op.cit*, p. 47.

<sup>376</sup> Voir *supra*. *Ibid*.

effets escomptés.

La judiciarisation du mariage des mineurs réalisée en 2004 n'a pas véritablement permis d'endiguer ce phénomène. Cette tradition est restée ancrée dans la pratique marocaine, surtout dans les régions montagnardes où elle a non seulement survécu mais a depuis quelques années tendance à reprendre une place de choix dans la sphère matrimoniale<sup>377</sup>, ce qui conduit certains observateurs à évoquer à ce propos un « renforcement du fait religieux »<sup>378</sup>.

En dépit de la bienveillance du législateur et de l'attitude que peut adopter le juge désireux de concilier la modernité, le respect des normes juridiques et sociales et surtout la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant, l'application des articles 20 et 21 du Code de la famille peut causer des dégâts considérables dans la vie des mineures concernées.

Cela est d'autant plus vrai, voire évident, que la plupart des demandes de dérogation émanent de personnes qui sont en position de force et domination vis-à-vis de la jeune fille mais dans l'incapacité de subvenir aux besoins que peut ressentir et exprimer une adolescente de 15 ou 16 ans. De son côté, cette dernière peut se révéler incapable – du fait de son inexpérience – d'assumer les responsabilités liées au mariage<sup>379</sup> et ce alors même que les familles, surtout celles des milieux les plus défavorisés et précaires, prétendent préparer les jeunes filles au moment qui doit être le plus important de leur vie, à savoir leur mariage.

Cela étant, il faut bien avouer que l'article faisant l'objet de questions récurrentes relatives au mariage des mineurs est l'article 16 du Code de la famille. Même s'il est utilisé pour les mêmes fins que pour la polygamie, à savoir la

---

<sup>377</sup> PAPI Stéphane, *L'influence juridique islamique au Maghreb : Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie*, L'Harmattan, 2009, p. 11

<sup>378</sup> *Ibid*, p. 79.

<sup>379</sup> Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, *op.cit*, p. 32-33.

légalisation d'un mariage hors-la-loi, ses répercussions sont différentes et plus dévastatrices. Cet article qui, à l'origine, avait une durée déterminée dans le temps, a été reconduit par deux fois, échouant ainsi à accomplir sa mission initiale et permettant la survivance du mariage coutumier et par la même occasion de la polygamie « sauvage », c'est-à-dire contractée hors-la-loi, et du mariage des mineurs<sup>380</sup>.

À la base créée pour lutter contre les mariages coutumiers et amener de telles unions dans la légalité, cet article a pour but de permettre la reconnaissance officielle et judiciaire des mariages qui n'auraient pas été légalement contractés, généralement de manière coutumière, voire religieuse. Il permet donc de remplacer l'acte de mariage par un jugement qui devient alors le mode de preuve de cette union dont il officialise les effets juridiques<sup>381</sup>.

L'article 16 du Code de la famille a cependant été détourné afin de servir des desseins qui ne sont pas les seins. Ainsi il apparaît que le mariage des mineurs est assez souvent lié au mariage coutumier qui sévit encore dans certains milieux marocains, surtout dans les communautés les plus reculées. Ils sont conclus sans trace écrite, ce qui empêche d'ailleurs d'avoir des données bien précises sur l'ampleur du phénomène. Le cas le plus frappant de telles unions est celui de *mousssem d'Imilchil*<sup>382</sup> qui regroupe chaque année un certain nombre de jeunes hommes et femmes de plusieurs villages afin de célébrer des unions matrimoniales<sup>383</sup>.

S'ajoute à cela le retour en force du mariage à la simple lecture de la *fatih*a, qui n'est en lui-même pas contraire à la tradition et coutume islamique mais contrevient à la législation moderne. Répandu parmi les musulmans qui relèvent des courants

---

<sup>380</sup> GUESSOUS Nouzha, *op.cit.*

<sup>381</sup> Article 16 du Code de la famille : «...Lorsque des raisons impérieuses ont empêché l'établissement du document de l'acte de mariage en temps opportun, le tribunal admet, - 16 - lors d'une action en reconnaissance de mariage, tous les moyens de preuve ainsi que le recours à l'expertise...».

<sup>382</sup> C'est une tradition des *Aït-Haddidou* qui se perpétue pendant ce festival. Elle permet aux tribus de la région berbère de tisser des liens comme cela se pratiquait autrefois en vue de fiançailles.

<sup>383</sup> MAZOUZ Asma, *op.cit.*, p. 115.

religieux les plus rigoristes, ce mariage échappe à tout contrôle étatique et par la même occasion les droits et obligations qui en découlent restent très rudimentaires et obéissent à une autre logique que celle établie par le législateur.

Cette pratique constitue une véritable « contre pratique », une pratique *contra legem*, une sorte de défiance vis-à-vis du législateur jugé trop occidentalisé, comme l'explique Aatifa Timjerdine : « 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 »<sup>384</sup>.

Ainsi, au-delà ces deux formes de mariage subsistent grâce aux lacunes dont l'article 16 est porteur, à savoir le flou sur les raisons impérieuses pouvant justifier la légalisation de telles unions. Si le contrôle du juge, utilisé comme il se doit, a pour mission pour mettre fin à cette pratique, l'article 16 y porte atteinte, sur la base d'arguments tels que la crainte pour l'honneur du mineur, la préservation de sa vertu, le bon parti que constitue le prétendant, autant d'éléments à prendre à considération pour bien apprécier les situations auxquelles sont confrontés les juges et que confortent des adages populaires tels que « celui qui cherche le mariage cherche le chemin de la droiture ».

Le législateur, en restant silencieux quant à ces « raisons impérieuses » qu'il se garde bien de détailler ou d'explicitier, laisse au juge le soin de les apprécier et de les fixer. L'exception tirée de l'article 20 du Code de la famille, à savoir l'autorisation pour un mariage d'une personne dont l'âge est inférieur à 18 ans, et devenu la règle dans certaines régions et dans certains milieux, surtout sur les territoires ruraux et dans les milieux modestes.

Ainsi l'appréciation du juge relative aux raisons imprévisibles et irrésistibles,

---

<sup>384</sup> Propos recueillis par Christelle **MAROT**. **MAROT** Christelle, « Au Maroc, les mariages de mineures augmentent », *La Croix*, 19 décembre 2010 [Consulté le 18 avril 2020].

est étendue à certaines considérations sociales<sup>385</sup> même si juridiquement le mariage conclu sans autorisation judiciaire préalable avec une personne mineure constitue une fraude à la loi. En invoquant l'ignorance du dispositif juridique en la matière ou l'absence d'institution juridique à la portée de tout le monde<sup>386</sup>, l'article 16 avait pour vocation de régulariser toutes les unions coutumières après la promulgation du Code de la famille en 2004 en se donnant un délai de cinq ans pour y parvenir, afin de pouvoir ensuite faire disparaître cet article<sup>387</sup>.

Le seul moyen mis à la disposition du juge afin de contrecarrer la fraude et établir la véracité des propos entourant la conclusion du mariage est le recours à l'expertise médicale ou l'enquête sociale<sup>388</sup>. Cependant, il semble que la plupart des expertises médicales sont généralement superficielles ou incomplètes, que ce soit par manque de moyens matériels ou techniques, ou manque de temps, voire du fait de la facilité d'avoir un certificat médical de complaisance.

Ainsi, la combinaison des articles 16 et 20 du Code de la famille explique l'inflation de la courbe des mariages de mineurs, surtout quand il s'agit d'unions polygamiques. Comme le dénonce Madame Skalli : « [...] les hommes se remarient par *fatiha*, parfois même avec des mineurs, et procèdent quelque temps après à la régularisation de leur union. Ce n'est autre chose que de la ruse au détriment des femmes. L'article 16 n'était qu'une mesure provisoire pour régulariser certains mariages, mais il a été reconduit trois fois [...] »<sup>389</sup>.

---

<sup>385</sup> Comme la consommation du mariage, la grossesse, l'existence d'un enfant.

<sup>386</sup> **MONJID** Mariam, *op.cit.*

<sup>387</sup> **TAILLEFER** Joseph, **EICHLER** Jean-Paul, **LEROY** Marie-Christine *et alii*, *Le nouveau Code de la famille marocain : rapport établi par des magistrats français*, 2007, p. 3.

<sup>388</sup> Article 20 du Code de la famille : « ... De même, il aura fait procéder à une expertise médicale ou à une enquête sociale ».

<sup>389</sup> **BELOUAS** Aziza, « Révision de la *Moudawana* : Les associations féminines sur le qui-vive », *La Vieéco*, 15 mars 2018 [Consulté le 19 avril 2020].

## Section 2. Les difficultés inhérentes à la filiation de l'enfant

Malgré le vent d'universalité qui souffle sur le droit marocain en matière de protection des droits de l'enfant, sa place dans le Code de la famille reste fortement influencée, voire dictée par la religion. Ainsi en droit marocain moderne comme en droit classique, il faut distinguer d'une part l'enfant légitime et l'enfant naturel pour lesquels des règles de filiation existent et, d'autre part, l'enfant abandonné ou recueilli qui, en l'absence d'adoption proprement dite au sens occidental du terme, relève d'autres mécanismes.

Dans la période préislamique, les Arabes accordaient une signification particulière à la filiation par le sang (*qarabt da'm*) tout en distinguant entre lien paternel et maternel, en se référant pour cela à des formulations faisant référence aux représentations corporelles<sup>390</sup>. La notion du lien de « sang » pour les Arabes prime pour définir la parenté. Contrairement à la filiation utérine (*rahim*), basée sur la grossesse, destinée à disparaître au bout d'une génération, la filiation par la paternité (*nasab*) fait référence à l'émanation de l'abdomen du père (*sulb*) afin de souligner un lien plus intense. Elle renvoie à l'image que l'enfant est issu de l'os même du père, hormis des cas particuliers où s'impose la référence au ventre de la mère (*batn al oum*)<sup>391</sup>.

Au-delà de la filiation directe, la notion de sang est plus large et plus complexe. Elle génère les liens de parenté et conditionne la nature de tout lien personnel avec une personne de la même famille, sans pour autant correspondre à l'étendue de la même notion que connaît le monde anglo-saxon avec le mot *kinship* qui fait référence au lien du sang *bloodship*, mais peut aussi faire référence au partage de caractéristiques qui n'a aucun rapport avec la famille « *a sharing of characteristics or origins* » ou

---

<sup>390</sup> FORTIER Corinne, « Chapitre 9 : filiation versus inceste en islam : Parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoption et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique », *L'argument de la filiation*, Ed. de la Maison des sciences de l'homme, 2011, p. 225-248.

<sup>391</sup> *Ibid.*

« *similarity and alliance in character* »<sup>392</sup>, alors que le mot le plus proche de la notion arabe du lien du sang est *kinsfolk* qui désigne une « *relation by blood* »<sup>393</sup>.

Dans une société où la place du *fard*<sup>394</sup> était déterminée par sa position au sein de sa *qabila*<sup>395</sup>, le lien de parenté avait un rôle primordial. À cette époque, les alliances matrimoniales étaient importantes ainsi que l'adoption qui pouvait se réaliser sous différentes formes. Le souci de pérennité de la tribu et de la lignée légitimait les diverses formes de mariage qui étaient pratiquées dans le but, par exemple, de pourvoir le frère défunt d'un héritier<sup>396</sup>, ou accepter le recours à ce qui pourrait être apparenté au concept moderne de « don de sperme » et de fécondation *in vitro* afin de doter la progéniture du couple de tel ou tel traits de caractère<sup>397</sup>.

Dans la société préislamique, le lien de parenté ou de sang s'imposait avec moins de force que le lien tribal, qui malgré les disparités de situations trouvait sa source et sa légitimité dans l'existence d'un ancêtre commun auquel on se référait sur le plan identitaire par le mot arabe « *bnou'* »<sup>398</sup>. C'est pour cela que, malgré la prédominance de la filiation légitime, l'enfant naturel était reconnu par son père, mais avait un statut moindre que l'héritier légitime, sans que la plupart du temps, l'origine de la mère entre en considération comme en témoigne l'histoire de *Antar bnou'*

---

<sup>392</sup> <https://www.lexico.com/definition/kinship>, **FOWLER** Henry Watson et **FOWLER** Francis George, *The concise Oxford dictionary : The Classique First Edition*, The Clarendon press, 1911, p. 448.

<sup>393</sup> Selon le *The concise Oxford dictionary : The Classique First Edition* *kinsfolk*, se compose de deux mots « kin » qui veut dire lien, ou le lien de sang, voir la notion romaine de *genus* or origines et « folk » qui est gens, *Ibid*, p. 447.

<sup>394</sup> Individu.

<sup>395</sup> Tribu.

<sup>396</sup> Le lévirat.

<sup>397</sup> *Al istifhal* : le recours de la femme a une personne étrangère, afin d'avoir des relations avec elle dans le but de tomber enceinte. Le mari doit s'abstenir durant toute cette période.

<sup>398</sup> Cela veut dire « fils de », dans la Mecque ancestrale, le pouvoir sera réparti entre les membres d'une seule famille et les personnes qui sont liées à eux, notamment par le mariage. **COUTURE** André, *Généalogie de Muhammad*, Faculté de théologie et de sciences religieuses, université de Laval, Canada [Consulté le 21 avril 2020]. Voir Annexes.

*Chadad*<sup>399</sup>.

En revanche, la notion d'enfant adultérin n'existait pas dans cette société, car l'enfant était rattaché à son père, comme en témoigne le statut des enfants qui étaient nés des autres formes de mariage antéislamique, ou encore le *hadith* rapporté par Abu Daoud : « Amru ibn Shuai'b a rapporté de la part de son père que son grand-père a dit : un homme s'est levé et a dit : Ô Messenger d'Allah, un tel est mon fils, j'ai eu une relation adulte avec sa mère durant la *jahiliya*. Le Messenger d'Allah lui a alors répondu : il n'y a pas de telle prétention en islam, ce qui a été établi durant la *jahiliya* a été annulé [...] »<sup>400</sup>.

Ainsi l'islam, au moment de sa révélation, a voulu mettre fin à certaines pratiques qu'il jugeait contraires à son éthique. L'islam remplaça la parenté tribale par la parenté spirituelle. Beaucoup de versets et *hadiths* vont en ce sens. Le Coran rappelle l'état des divisions sociales avant la révélation dû aux querelles tribales et comment l'islam a su unifier les Croyants : « [...] Dieu a établi la concorde en vos cœurs, vous êtes par sa grâce, devenus frères alors que vous étiez des ennemis, les uns pour les autres [...] »<sup>401</sup>.

L'appartenance à une tribu est alors devenu secondaire pour l'individu. Dorénavant il était certes toujours attaché à ses parents mais faisait partie en premier lieu de la *Umma*<sup>402</sup>. Le Coran lui-même en fait état après le récit relatif au prophète et son fils adoptif Zai'd : « Appelez ces enfants adoptifs du nom de leur père – ce sera plus juste auprès de Dieu – mais si vous ne connaissez pas leur père, ils sont vos frères

---

<sup>399</sup> Poète arabe antéislamique (vers 615), il est l'exemple du chevalier arabe avec sa bravoure et la noblesse de ses actions, au point de fournir matière à un héros de roman, il est aussi connu pour sa *mu'allaqa*, qui malgré sa filiation noble à la tribu de 'Abs, son teint et la catégorie sociale de sa mère était cause de mépris dans sa tribu, jusqu'à ce qu'il fasse preuve de courage dans la défense de cette dernière. [https://www.larousse.fr/encyclopedie/litterature/Antara\\_ibn\\_Chaddad/170985](https://www.larousse.fr/encyclopedie/litterature/Antara_ibn_Chaddad/170985).

<sup>400</sup> **IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Talaq* (livre des divorces) : *hadith* n° 2274 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

<sup>401</sup> **MASSON** Denise, « Verset 103, Sourate III (Al Imran') », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>402</sup> Communauté des croyants.



en religion, ils sont des vôtres »<sup>403</sup>.

Cette nouvelle vision de l'individu conduisit à établir de nouvelles règles en matière de filiation, en préservant cependant la trame patriarcale antérieure. Dès lors, la filiation opposa l'enfant légitime et l'enfant naturel ou adultérin. À une époque où aucun registre n'était tenu et qu'il n'existait pas d'équivalent des livrets de famille, la filiation s'établissait vis-à-vis des deux parents, par le *firach*<sup>404</sup>. L'enfant illégitime n'avait pas droit à sa filiation patrilinéaire afin de sanctionner le père pour un acte contraire à la nouvelle doctrine morale islamique, ce que proclame le dicton : « Le père n'aura droit qu'à la pierre »<sup>405</sup>. En revanche, l'enfant garde un lien de parenté avec sa mère ce qui préserve en partie ses droits les plus basiques.

L'importance donnée par l'islam à la filiation légitime se traduisait par des menaces divines envers toute personne qui renie sa progéniture comme le formule expressément le *hadith* : « Il a été rapporté que Abu Hurairah a dit : « Quand le verset du *Li'an* fut révélé, le messager de Allah a dit : « toute femme qui attribue son fils à un parent qui n'est pas le sien, elle n'a pas de rapport avec (la religion) de Dieu et elle se verra refuser le paradis, et tout homme qui rejette son fils alors que ce dernier l'a reconnu, Allah (l'éloignera) de lui et le dénoncera devant témoins »<sup>406</sup>.

L'islam ne fait aucune référence directe à un principe patriarcal de la filiation, et à sa dominance vis-à-vis de la filiation d'origine maternelle. Mais la société patriarcale au sein de laquelle apparaît la révélation et les références répétées au père, ont induit que la filiation doit être considérée comme un lien qui ne lie l'enfant qu'à

---

<sup>403</sup> MASSON Denise, « Verset 5, Sourate XXXIII (Les factions) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>404</sup> Le lit conjugal.

<sup>405</sup> Le terme original c'est *al-hajar* (la pierre) qui veut dire la honte, car les Arabes disaient : « telle personne a été atteinte par la pierre et sa bouche est remplie de terre », pour faire référence à la honte et le désarroi qui peut frapper une personne, IBN MANZUR Abul Fadl Jamal Ad Din Muhammad, *op.cit*, tome 4, 2003 [Consulté le 22 avril 2020].

<sup>406</sup> IBN MAJAH Muhammed ibn Yazid, « *Kitab Al-fari'd, bab ma'n ankara waladah* (Livre des successions, Section « du désaveu de paternité ») : *hadith* n° 2743 », *Les Sunan (d'Ibn Majah)* [Consulté le 22 avril 2020].

son père et que la filiation matrilinéaire apportée par la mère est cantonnée à une position secondaire. Cette vision justifia la réduction de son effet dans la durée à une seule génération<sup>407</sup>.

Sur cette base commune, les quatre écoles du *fiqh* apportèrent des réponses plutôt proches les unes des autres avec quelques petites différences : pour les Hanéfites la filiation se fait par rapport à la famille du père, alors que les Malékites retiennent le lien qui lie l'enfant à son père directement alors que les Chaféites et les Hanéfites la définissent par le lien entre deux personnes au travers d'une parenté quelconque, enfin l'encyclopédie du *fiqh* retient que la filiation s'établit au travers d'une femme au mariage valide avec un homme<sup>408</sup>.

A une époque où la filiation était importante, l'islam a mis en place un mode de preuve légal pour cette dernière. Il a en effet défini cinq moyens de preuve de cette dernière, trois qui font l'objet d'un consensus parmi les *oulémas* : *al firash*, *al istilhaq* et *al bayna*, alors que les deux derniers font toujours débat entre les juristes : *al qaraa'* et *al qafaa'*<sup>409</sup>.

*Al firash* est une formulation métaphorique pour qualifier le mariage établi, avec ou sans contrat, compte tenu des circonstances de l'époque. En droit classique, le mariage produit ses effets qu'il soit valide ou vicié. Cependant pour que la filiation soit rattachée à un mariage, il faut que certaines conditions soient remplies : à commencer par la rencontre des deux parties au mariage et que leur rencontre soit reconnue. La grossesse d'une femme n'engendre pas forcément un lien de parenté entre son époux et l'enfant, sauf pour les Hanéfites qui considèrent que l'acte de

---

<sup>407</sup> FORTIER Corinne, *op.cit.*

<sup>408</sup> ALRAHWAN Muhammad Said Mitwali, *Wasa'il itbat wa nafi' al nasab fi al Chari'a al islamiya bi nadar ltatawourat al tibiya wa alnawazil alfiqhiya al'moassira lil muslimin al moqimin kharij' diya al islam* (Les moyens de preuve en matière de filiation dans la *chari'a* en vue du développement médical et les cas de jurisprudence islamique contemporaine, des musulmans vivant à l'étranger), *Jamiat al Azhar*, 2011, p. 2.

<sup>409</sup> Voir *infra*.

mariage suffit à lui seul<sup>410</sup>.

Le second paramètre est la durée de grossesse qui détermine la filiation de l'enfant, les *oulémas* se sont mis d'accord sur une durée de six mois depuis le moment de la consommation du mariage ou de sa conclusion, sur la base de deux versets coraniques : « [...] depuis le moment où elle l'a conçu, jusqu'à l'époque de son sevrage, trente mois se sont écoulés »<sup>411</sup> et « [...] sa mère l'a porté extrêmement faible et il a été sevré au bout de deux ans [...] »<sup>412</sup>. Ainsi les *oulémas* ont conclu que la durée de la grossesse ne peut être inférieure à six mois, alors qu'elle peut dépasser une année comme chez les Malékites chez qui elle peut durer jusqu'à cinq ans<sup>413</sup>.

Cette conception de la grossesse donna lieu à la seconde condition d'établissement de la filiation : *l'istilhaq*<sup>414</sup> qui consiste pour le père à reconnaître son enfant, son silence sur un lien présumé de paternité étant d'ailleurs suffisant comme preuve constitutive d'aveu. La seule situation qui peut conduire au non-établissement du lien de paternité par l'aveu concerne l'enfant illégitime. Même si le père reconnaît son enfant issu de relation illégitime, la filiation n'est pas reconnue, car la privation de filiation est perçue comme une punition à l'égard du père<sup>415</sup>, dans une société où l'enfant est considéré comme une richesse en lui-même<sup>416</sup>.

---

<sup>410</sup> **AL-AHMAD** Souhaile, « *Itbat al-nsab wa nafiyuh' : drassa moqarna' byna alfiqh al-islami wa qanun al-ahwal sakhssiya* (la filiation : étude comparative entre fiqh islamique et le statut personnel en Jordanie) », *Revue de Jamia 't Al-Azhar*, Série sciences humaines, tome 15, n° 2, p. 439-478.

<sup>411</sup> **MASSON** Denise, « Verset 15, Sourate XLVI (Al Ahqaf) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>412</sup> **MASSON** Denise, « Verset 14, Sourate XXXI (Luqman) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>413</sup> C'est à cause de la croyance en « l'enfant dormeur ». Voir **COLIN** Joël, *L'enfant endormi dans le ventre de sa mère. Etude ethnologique et juridique d'une croyance au Maghreb*, PUP, 1998, 384 p.

<sup>414</sup> L'aveu.

<sup>415</sup> Voir *supra*.

<sup>416</sup> **AI-SABIL** Omar Ibn Muhammed, *Al-basma al wiratiya wa mada' machroiyyat' istikhdamiha fi a'nsab wa al'jinaya* (l'AND et la légalité dans son usage dans la filiation et le pénal), université *Um AL-quraa*, p. 10 [Consulté le 23 avril 2020].

Enfin *al bayna*<sup>417</sup> consiste à recourir au témoignage afin de prouver la filiation de l'enfant, celui de deux *ad'l*<sup>418</sup> ou dans d'autres cas la rumeur peut convenir. Ainsi, si dans un village, il est de notoriété publique que « tel enfant est de tel homme », cela peut être retenu comme moyen de preuve afin d'établir la filiation<sup>419</sup>.

Deux autres modes de preuve de la filiation sont encore possibles : la *qafaa* ' ou la *physiognomonie*, qui consiste à recourir à la comparaison des traits entre le père et son enfant, pratiquée chez les Arabes anciennement. Enfin la *quraa* ' consiste à décider de la paternité par tirage au sort entre les prétendants. C'est le moyen de preuve le moins fiable et n'est utilisé qu'en dernier lieu, quand tous les autres moyens sont estimés improductifs<sup>420</sup>.

La mise en place de ces modes de preuve est perçue à l'époque comme un protocole fiable afin d'établir la filiation d'un enfant et protéger ses intérêts dans la société. Cela lui permet d'obtenir le droit de porter un nom, de revendiquer l'appartenance à une lignée et de faire valoir des droits patrimoniaux.

En rupture avec ce qui se faisait en Arabie, l'islam bannit toute relation charnelle en dehors de l'institution du mariage, considéré comme la base d'une société nouvelle qui se construit en se détachant du contexte tribal. Il révolutionne les mœurs

---

<sup>417</sup> Le témoignage ou la réputation.

<sup>418</sup> Un témoin qualifié.

<sup>419</sup> ALRAHWAN Muhammad Said Mitwali, *op.cit*, p. 10.

<sup>420</sup> « Il a été rapporté par *Zayd Ibn Arqam* : j'étais assis avec le messager d'Allah, quand un homme du Yémen vient et dit : trois Yéménites sont venus à Ali, se querellant à propos de la filiation d'un enfant demandant son jugement, ils avaient fréquenté la même femme durant la même période. Il dit alors a deux d'entre eux : donnez l'enfant à la troisième personne de votre plein gré, mais protestèrent violemment, il répéta encore une fois au deux d'entre eux : donnez l'enfant à la troisième personne de votre plein gré, mais protestèrent violemment, il redemanda encore une fois a deux d'entre eux : donnez l'enfant à la troisième personne de votre plein gré, mais protestèrent violemment. Alors il (Ali) leur dira : vous êtes des querelleurs. Je vais alors tirer au sort parmi vous, et celui qui recevra l'enfant devra payer les deux tiers du prix du sang aux deux autres personnes, il tira au sort et donnera l'enfant à celui qui fût tiré ». Le messager d'Allah ria alors jusqu'à ce que ses dents apparaissent », **IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Talaq* (livre des divorces) : *hadith* n° 2269 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

en modifiant la perception du lien de l'homme avec sa femme, et surtout son enfant. L'islam interdit ainsi l'infanticide en temps de famine et promet à ceux qui le commettent les pires châtiments<sup>421</sup>. Il interdit aussi l'inhumation vivante des filles à la naissance, infanticides légitimés par la croyance les assimilant à une source potentielle de déshonneur pour la famille<sup>422</sup>. L'islam reconnaît alors des droits à l'enfant, dont le premier est la filiation.

En même temps l'islam, dans sa doctrine révolutionnaire pour l'époque, doit tenir compte du contexte culturel et social de son avènement : il lui faut imposer que l'enfant fasse partie d'un groupe garantissant ses conditions d'existence, tout en lui imposant des règles à respecter pour le bon fonctionnement de la communauté.

Face à l'enfant légitime, l'islam, soucieux de protéger la famille, rejette l'enfant illégitime. Cette position est en décalage avec l'époque antérieure où tous les enfants étaient sur un pied d'égalité dans la mesure où ils étaient rattachés à leur père ou présumé père<sup>423</sup>. Le seul lien maintenu pour l'enfant hors mariage est la filiation matrilinéaire, destinée à assurer un minimum de protection, même si socialement, l'enfant illégitime subit différentes injustices. Ce non-rattachement au père a été retenu par l'ensemble des écoles théologiques<sup>424</sup>.

L'absence de filiation paternelle s'étend même à l'enfant conçu durant la période antérieure au mariage par des concubins. Ainsi l'islam ne reconnaît pas le mariage en tant que source de légitimation comme en droit romain constantinien<sup>425</sup>. Il suffit au contraire que le père avoue que l'enfant a été conçu avant l'établissement du mariage pour qu'il soit frappé du sceau de l'illégitimité. En contrepartie de ces

---

<sup>421</sup> MASSON Denise, « Verset 31, Sourate XVII (Al Isra') », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>422</sup> MASSON Denise, « Verset 8, Sourate LXXXI (Al Isra') », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>423</sup> AMMUDAH Abd Al Ati, *Family structure in Islam*, American trust publications, 1977, p. 28.

<sup>424</sup> ALRAHWAN Muhammad Said Mitwali, *op.cit.*, p. 14.

<sup>425</sup> DE VIENNE Aimé-René Mathieu, *De la légitimation des enfants naturels en droit romain et en droit français*, Thèse, Université de Paris, 1876, p. 36.

dispositions draconiennes qu'il a instaurées, l'islam a laissé une large place à la *chubha*<sup>426</sup> afin d'atténuer les risques d'illégitimité qui peuvent entourer la naissance. Il sauvegarder de la sorte la possibilité de filiation légitime de l'enfant considéré comme innocent et étranger aux faits imputables à ses géniteurs.

C'est ainsi que, se basant sur des extrapolations biologiques, les juristes musulmans dressent un tableau des cas douteux permettant de soustraire l'enfant au statut d'illégitimité et lui accorder son droit à la filiation. La plupart des jurisconsultes se sont mis d'accord sur ces cas. Certains d'entre eux, en assouplissant les règles dans les limites légales, ont étendu le champ des spéculations dans le souci de procurer une filiation légitime à un plus grand nombre de bénéficiaires.

Ainsi, la filiation paternelle peut être accordée à l'enfant issu d'une cinquième union, ce qui conduit à annuler ou abandonner la peine de *zina*<sup>427</sup>. L'enfant est ainsi rattaché à son père et des dédommagements peuvent même être alloués à sa mère<sup>428</sup>. De plus, peut ainsi être reconnu l'enfant *raged*<sup>429</sup>, permettant l'établissement d'une filiation à cet enfant et sauvant par la même occasion sa mère du châtiment de l'adultère ou la fornication<sup>430</sup>.

En l'absence de livret de famille, de registre ou de contrat de mariage, l'enfant illégitime peut être légitimé par le silence du père sur les conditions de la conception ou la production de tout autre moyen de preuve valide. Dans l'établissement de la présomption de paternité, l'islam accorde du crédit à la bonne foi et l'avantage du

---

<sup>426</sup> Le doute.

<sup>427</sup> La fornication.

<sup>428</sup> **BENAICH** Mohammed, *Ahkam al'Nasab Li-himayat al-ousra fi al'islam* (les règles de la filiation afin de protéger la famille en Islam), Dar Al-koutob Al-ilmiya, 2007, p. 134-135.

<sup>429</sup> Cela désigne l'enfant dont la naissance est attendue, la durée de la grossesse varie selon les écoles (cinq ans chez les Malékites), ce délai permet de doter l'enfant d'une filiation légitime, malgré l'absence du père au moment de la conception, **BONETE** Pierre, **PORQUERES I GENE** Enric et **WILGAUX** Jérôme, *L'argument de la filiation : Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 2011, p. 241.

<sup>430</sup> *Ibid*, p. 242.

doute pour éviter les peines *hudud*<sup>431</sup> à tout ce qui conforte la preuve que les lois et la morale sont sauvées.

Ainsi l'islam déploie beaucoup d'arguments afin de préserver la moralité dans la communauté qu'il régit et les droits de l'enfant. Cette intention échoue face à un désaveu de paternité, manifesté par « le serment d'anathème » (*li'an*). Cette institution morale se trouve être comme une sorte de Némésis à la présomption de paternité. Les modalités en sont organisées en premier lieu par le Coran<sup>432</sup> et la *Sunna* en reprend en détail les modalités et les conséquences<sup>433</sup>.

Il s'agit d'une accusation publique d'adultère proféré par le mari à l'encontre de son épouse devant le juge, où l'absence de preuve matérielle est compensée par un appel sur soi du châtement divin en cas de parjure, ce qui n'aura pas les mêmes répercussions pour les deux conjoints : lui s'expose à la peine de la calomnie s'il ment, alors qu'elle encourt la peine associée à la fornication, à laquelle, elle peut cependant se soustraire par un serment prononcé à son tour, comme le démontre bien le *hadith* suivant « [...] Ni elle ni son enfant ne seront accusés d'adultère [lapidé], et celui qui attentera à eux sera puni... »<sup>434</sup>. Même s'il s'avère par la suite qu'il a eu manipulation du serment afin d'échapper au châtement, cela ne peut justifier en aucun cas une peine antérieure « [...] le message d'Allah dira : s'il n'y avait pas eu de serment, elle aurait été sévèrement punie [...] »<sup>435</sup>.

---

<sup>431</sup> **ROBLEH** Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, Thèse, Grenoble, 2014, p. 3.

<sup>432</sup> « Quant à ceux qui accusent leurs épouses sans avoir d'autres témoins qu'eux-mêmes, le témoignage de chacun d'eux consistera à témoigner quatre fois devant Dieu qu'ils sont véridiques, et une cinquième fois pour appeler sur eux la malédiction de Dieu s'ils ont proféré un mensonge. On détournera le châtement de la femme, si elle témoigne quatre fois devant Dieu que son accusateur ment, et une cinquième fois pour appeler sur elle-même la colère de Dieu, si c'est lui qui est véridique. », **MASSON** Denise, « Versets 6-9, Sourate XXIV (*Al Nur*) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>433</sup> **IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Talaq* (livre des divorces) : *hadith* n° 2256 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 29 avril 20].

<sup>434</sup> **IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Talaq* (livre des divorces) : *hadith* n° 2256 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 29 avril 20].

<sup>435</sup> *Ibid.*

On peut considérer que l'institution de ce serment agissait comme un frein à la pratique du crime d'honneur répandu à l'époque, et que l'obligation de porter le différend conjugal devant le juge avait pour effet de délégitimer toute vengeance personnelle car l'islam interdit la vendetta entre époux.

Cette procédure de *li'an*, lorsqu'elle se termine en faveur du mari, a pour conséquence la rupture du lien de filiation entre l'enfant et l'époux de manière irrévocable tout en maintenant le lien matrilineaire. Le cérémonial du *li'an* peut être perçu comme un moyen de dissuasion envers l'époux accusateur. Sa mise en œuvre implique toujours de graves conséquences : lorsque l'épouse n'apporte pas une dénégation solennelle en prononçant à son tour le serment prévu, son silence vaut validation de l'accusation d'adultère. Cela entraîne la rupture du lien de filiation en entérinant le désaveu de la part du père<sup>436</sup>. L'épouse infidèle est exposée à encourir la lapidation, mais dans tous les cas, cette procédure conduit à la dissolution définitive du mariage, sans possibilité de retour en arrière.

L'accusation d'adultère sur la base de témoignages tiers s'appuie quant à elle sur des faits et des moyens de preuve établis rigoureusement<sup>437</sup>. Toute incohérence dans les accusations ou la preuve peut donner lieu au châtement de la calomnie à l'encontre de l'accusateur<sup>438</sup>.

Le serment d'anathème peut être perçu comme une accusation qui repose avant tout sur la moralité et l'intégrité du mari, l'apport de preuves y tenant alors un rôle secondaire. Mais la moralité de l'épouse pourra y faire opposition. Ainsi le serment du *li'an* reste rare dans la pratique pour les risques qu'il présente pour les parties, et à part les *hadiths* qui témoignent de son utilisation à l'époque du prophète et de ses

---

<sup>436</sup> LINANT DE BELLEFONDS Yvon, *Traité de droit musulman comparé*, tome 3, n° 1149 ; ROBLEH Youssouf Ali, *op.cit*, p. 26.

<sup>437</sup> MASSON Denise, « Verset 4, Sourate XXIV (*Al Nur*) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>438</sup> *Ibid.*



*sahabas*<sup>439</sup>, les cas de recours y sont très rares dans le monde arabo-musulman<sup>440</sup>.

Contrairement à la tradition arabe où la filiation est patrilinéaire, les Amazighs comme toutes les sociétés africaines connaissaient un régime de filiation matrilineaire, qui a perduré même après leur islamisation avec la venue des Arabes. Ainsi Ibn Battuta<sup>441</sup> décrit la filiation en vigueur dans les tribus arabo-amazighes de la Mauritanie actuelle ainsi : « [...] Aucun d’eux ne rattache sa généalogie à son père, mais à son oncle maternel, n’héritent que les fils de la sœur. Chose que je n’ai constaté que chez les païens de Malabar, alors que malgré cela ils sont musulmans pratiquants, connaissant leurs religions [...] »<sup>442</sup>.

Les propos d’Ibn Battuta signifient qu’au moment où il fait son observation, malgré l’islamisation des tribus amazighes, le mode de filiation patrilinéaire des Arabes n’a pas vraiment eu d’impact sur leur organisation sociale. C’est aussi le cas d’un certain nombre de sociétés africaines islamisées par la suite comme aux Comores (Ngazidja) où l’on parle de filiation indifférenciée, contrairement à la filiation arabo-islamique<sup>443</sup>.

Cependant, lorsque les Occidentaux sont entrés en contact avec l’Afrique du Nord, et notamment le Maroc, la filiation des Amazighs est devenue patrilinéaire. Cette conception de la filiation a comme motivation et explication, le rattachement à la terre, dans une société où la propriété foncière passe par le père et où la fille n’a aucun droit à l’héritage par souci de maintien et de sauvegarde de l’indivision

---

<sup>439</sup> Les compagnons.

<sup>440</sup> **FERKH** Hassan, *L’unicité de la notion de la famille en droit musulman et sa pluralité en droit français*, Thèse, Lyon 3, 1994, p. 238 et s.

<sup>441</sup> Abu Abd Allah Muhammad Ibn Abd Allah al-Lawati at-Tanji Ibn Battuta, exploration et voyageur d’origine amazighe, les mémoires de ses voyages sont communément appelées « Voyage ».

<sup>442</sup> **IBN ABD ALLAH AL-LAWATI AT-TANJI IBN BATUTA** Abu Abd Allah, *Al-Rihla*, Première Edition, Imprimerie Al khayria, tome 2, 1904, p. 234.

<sup>443</sup> **BLANCHY** Sophie, « Famille et parenté dans l’archipel des Comores », *Journal des Africanistes*, 1992, 62-1, p. 7-53.

patrimoniale<sup>444</sup>.

L'enfant mâle est vu comme le seul héritier du nom de la famille ainsi que de son patrimoine du fait du lien qui le lie à la terre et sa défense<sup>445</sup>. En revanche l'enfant illégitime n'a pas de place dans la société et se trouve donc destiné à mourir comme l'explique Ernest Renan à propos des Kabyles : « [...] on sent que la société n'est chez de telles populations qu'une extension de la famille. Il n'y a pas d'enfants naturels, l'enfant né hors mariage est toujours mis à mort, même dans les cas rares où la mère obtient son pardon »<sup>446</sup>. L'absence de sources fiables sur le mode de filiation chez les tribus amazighes entraîne des lacunes concernant cette question mais il est certain qu'un glissement s'est opéré d'une filiation matrilineaire vers un mode patrilinéaire, comme le démontrent certaines pratiques en matière de mariage ou de succession<sup>447</sup>.

- Mariage

C'est dans ce monde dualiste que voit le jour le premier code de statut personnel marocain en 1958, code fortement inspiré du *fiqh* et qui reconnaît donc une filiation patrilinéaire pour l'enfant légitime et matrilineaire pour l'enfant illégitime. Cette filiation a des conséquences sur les droits de l'enfant mais aussi sa religion puisqu'*a contrario* de l'enfant illégitime, pour lequel le silence du texte à ce propos laisse présumer qu'il n'est pas tenu de suivre la religion de son père, l'enfant légitime y est tenu<sup>448</sup>.

Le code de 1958 demeure donc assez classique et surtout imprégné par l'esprit

---

<sup>444</sup> Voir *supra*.

<sup>445</sup> TAGHBALOUTE Aziz, *op.cit*, 1989, p. 28.

<sup>446</sup> RENAN Ernest, *Mélanges d'histoire et de voyage*, Éditeur Calmann Lévy, 1878, p. 339.

<sup>447</sup> JUHEL Christophe, « L'apport de la France à l'émancipation de la femme kabyle algérienne en matière matrimoniale », in JUHEL Christophe (dir.), *Regards croisés sur les droits de la femme en Méditerranée occidentale*, *Revue franco-maghrébine de droit*, n° 23, 2016, p. 123-156.

<sup>448</sup> Article 83 *alinéa* 1 de la *Moudawana* 1958 : « 1° La filiation légitime est celle par laquelle l'enfant accède à la parenté de son père et suit le religion de ce dernier ».

arabo-islamique en la matière. Il n'intègre aucun usage qui pourrait s'interpréter comme une survivance en matière de filiation de ce qui se pratiquait chez les Amazighs du Maroc. Cette valorisation de l'héritage arabo-islamique peut s'expliquer par le contexte de l'élaboration de ce code, et par la volonté politique d'unifier les pratiques juridiques dans un Maroc indépendant. Ces intentions sont explicites dans les propos que tenait Allal El Fassi dans son *Autocritique* en présentant le monde rural avec ses coutumes et sa façon de vivre comme un monde de païens dont le salut devait venir d'un État puisant son inspiration réformatrice dans la religion afin de pacifier le pays.

Ce retour vers la religion comme source de droit est également perceptible dans les moyens validés pour l'établissement de la filiation. Le droit marocain ne retient que l'aveu du père, le témoignage des *adouls* et la présomption de paternité légitime<sup>449</sup> qui prend en considération la durée de grossesse de la mère, fixée à un minimum de six mois et à un maximum d'une année<sup>450</sup>. La théorie de l'enfant endormi est, quant à elle, supprimée d'un trait de plume.

Cependant, la notion de présomption de paternité devait garder une certaine souplesse, dans l'élaboration d'un droit se voulant moderne. Dans un Maroc où la majorité de la population est illettrée, voire non arabophone, les contrats de mariage ne sont pas nécessairement écrits et le mariage est validé par simple échange de consentements entre les parties<sup>451</sup>. Ainsi tout enfant qui naît est considéré comme légitime jusqu'à preuve du contraire, et en cas de silence du père l'enfant lui est rattaché.

---

<sup>449</sup> Article 89 de la *Moudawana* de 1958 : « Les modes de preuve admis pour l'établissement de la filiation sont : la présomption de paternité légitime ; l'aveu du père, le témoignage de deux adouls ou la commune renommée établissant que l'enfant est bien le fils du mari et qu'il est né des rapports conjugaux des époux ».

<sup>450</sup> Article 84 de la *Moudawana* de 1958 : « La durée minima de la grossesse est de six mois, sa durée maxima d'une année, sous réserve des dispositions de l'article 76 relatives au doute ».

<sup>451</sup> Article 4 *alinéa* 2 de la *Moudawana* de 1958 : « Pour toute personne se trouvant dans l'impossibilité de s'exprimer, le consentement résulte valablement d'un écrit si l'intéressé est lettré, sinon de tout signe impliquant d'une façon certaine un consentement de sa part ».

Ce dernier mécanisme rend compte de la pratique dans les campagnes marocaines où en cas de grossesse accidentelle l'intervention d'un proche parent suffit à masquer ce qui aurait pu être perçu comme un déshonneur. On désigne cette pratique par le terme *satr*<sup>452</sup>. Cela est d'autant plus facile au sein d'une population où la grande majorité des mariages sont conclus loin du regard étatique. Ainsi, l'enfant illégitime dans le Maroc de 1958 est plus un enfant désavoué par son père qu'un enfant né de père inconnu. Dans le contexte social d'alors, la conception large de la famille est toujours vivace : tout enfant doit avoir un père ou au moins une figure paternelle.

Quant au serment d'anathème, le code de 1958 l'évoque comme une raison dénouant le mariage de manière définitive<sup>453</sup>, mais sans donner plus de détail sur cette pratique ou sa procédure, la rangeant parmi les de figure pour lesquels il faut se référer au *fiqh* malékite ou à l'opinion dominante en la matière<sup>454</sup>.

La réforme de 1993 garde les mêmes règles en matière de filiation que le code de 1958. C'est le résultat des circonstances qui entouraient l'adoption de cette réforme qui intervient après l'échec de plusieurs tentatives en 1961, 1968 et 1982. Elle prend place à une époque trouble pendant laquelle le Maroc essaie de renouer avec le processus démocratique et s'efforce d'accorder plus de droits à la femme et plus de protection tant à celle-ci qu'à l'enfant, à la suite de la signature des deux conventions internationales<sup>455</sup>.

Malgré des intentions affichées, les changements apportés par ce texte restent

---

<sup>452</sup> Dissimulation.

<sup>453</sup> Article 25 de la *Moudawana* de 1958 : « ...Les empêchements perpétuels résultent de la [...], et enfin du serment d'anathème ».

<sup>454</sup> Article 297 de la *Moudawana* de 1958 : « Tous les cas qui ne pourront être résolus en application du présent code, seront réglés en se référant à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite malékite ».

<sup>455</sup> **RHIWI** Laïla, « La réforme du Code marocain de la famille », *Revue Projet*, 2004, n° 282, p. 32-37.

mineurs. Il semble certes s'attaquer à des problèmes réels mais sans aborder leur fond. La réforme traite donc de la polygamie, de la garde de l'enfant, mais à aucun moment de la filiation ou des questions qui la concernent. Son apport, avant tout, symbolique à plusieurs égards, permet au monarque, Hassan II, d'afficher simultanément son désir de modernité et son respect des traditions dans l'élaboration de la nouvelle identité marocaine<sup>456</sup>.

Elle lui permet par exemple d'amener le débat relatif aux droits de la femme sur la scène publique, et plus fondamentalement d'ouvrir une première brèche pour réaliser le processus de déconstruction de la conception de la famille et de la sacralité dont l'entourait la première version de *Moudawana*, jusque-là perçue, à tort ou à raison, comme une émanation du texte coranique<sup>457</sup>. Le nouveau texte constitue la première étape vers un droit de la famille plus moderne, imprégné de pragmatisme et élaboré pour apporter des solutions factuelles et pratiques à une société marocaine en pleine mutation.

C'est la réforme de 2004 qui a réellement apporté des réponses adaptées et pragmatiques aux questions soulevées en 1993 par les groupes féministes, tout en préservant le même lien avec la tradition malékite qui caractérisait sa sœur aînée de 1993. Même si le législateur s'est attaqué à de grosses questions du droit de la famille comme le principe de la *wilaya* (tutelle matrimoniale) introduisant le principe d'égalité entre les femmes elles-mêmes ainsi qu'entre hommes et femmes<sup>458</sup>.

La grande préoccupation qui transparait de cette réforme est la place de l'enfant et le souci de sa protection, il est mis au centre du nouveau dispositif qui l'évoque dans pas moins de soixante-dix articles, usant de différentes appellations et rappelant que toute décision doit être prise dans son intérêt avant toute autre considération<sup>459</sup>.

---

<sup>456</sup> MURGUE Bérénice, *op.cit.*

<sup>457</sup> RHIWI Laïla, *op.cit.*

<sup>458</sup> RHIWI Laïla, *op.cit.*

<sup>459</sup> EL MRAHI Rajae, La défense des enfants à l'intérieur et l'extérieur des frontières, *Rapport de la*

L'une des grandes préoccupations de ce nouveau texte de loi en concordance avec les préceptes de l'islam est la sauvegarde de la filiation de l'enfant comme l'évoque le discours royal prononcé en 2003 selon lequel il faut « protéger le droit de l'enfant à la reconnaissance de sa paternité au cas où le mariage ne serait pas formalisé par un acte, pour des raisons de force majeure. Le tribunal s'appuie, à cet effet, sur les éléments de preuve tendant à établir la filiation »<sup>460</sup>.

Cette injonction royale est conforme à la convention relative aux droits de l'enfant qui dispose que « l'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès 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 »<sup>461</sup>. Cependant, cette ambition de protection de l'enfance annoncée et affichée doit être conciliée, sinon combinée, par le législateur avec une approche relativement traditionnelle en matière de filiation et qui reste en totale adéquation avec le modèle arabo-musulman tel que pratiqué au Maghreb.

Cependant, contrairement à l'ancien texte qui faisait l'amalgame entre filiation paternelle et parentale, en la réduisant à une relation liant un enfant issu du mariage exclusivement à son père<sup>462</sup>, le nouveau texte instaure désormais la filiation parentale légitime à l'égard des deux parents, introduisant un semblant d'égalité<sup>463</sup>. Il reste ensuite fidèle à la position de l'ancien texte quant à la notion de filiation paternelle qui tire sa légitimité de l'union conjugale entre les parents<sup>464</sup>.

---

*Cour suprême du Maroc*, p16 [Consulté le 30 avril 2020].

<sup>460</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2e année législative de la 7e législature en date 10 octobre 2003.

<sup>461</sup> Article 7 de la convention internationale des droits de l'enfant.

<sup>462</sup> Articles 83 de la *Moudawana* : « La filiation légitime est celle par laquelle l'enfant accède à la parenté de son père ».

<sup>463</sup> Article 143 du Code de la famille : « La filiation parentale est légitime à l'égard du père et de la mère jusqu'à preuve contraire ».

<sup>464</sup> Article 152 du Code de la famille : « La filiation paternelle découle: 1- des rapports conjugaux (Al

En effet, si la formulation des articles change entre les deux textes de loi, leur essence reste identique, avec la simple modification de certains termes ou l'ajout de certaines notions absentes en 1958. Ainsi le nouveau Code de la famille qui se veut plus égalitaire à l'égard des femmes et des enfants se retrouve, lui aussi, ancré dans le schéma filial traditionnel, conservant les mêmes sources et en y intégrant quelques nouveautés<sup>465</sup>, notamment en ce qui concerne les modalités de preuve.

C'est le cas de l'expertise médicale, introduite par le législateur<sup>466</sup>, qui peut désormais faciliter l'établissement du *nasb*, mais aussi, et *a contrario*, combattre les injustices qu'occasionnent les désaveux mensongers de filiation. La période transitoire limitée à cinq ans a été instaurée afin de doter tous les mariages d'un contrat, ce qui octroie *de facto* pour les filiations paternelles une base juridique solide<sup>467</sup>.

Le Maroc a ensuite choisi de conserver la relation illégitime comme cause principale du seul établissement de la filiation maternelle, perpétuant de la sorte l'injustice à l'égard de la mère et de la femme, seule blâmée pour toute grossesse conçue hors mariage, alors même que la société marocaine comme toutes les sociétés arabes s'est, depuis les années 1990, ouverte avec la mondialisation et a connu une évolution sensible de la perception des mœurs sous l'influence de la révolution sexuelle<sup>468</sup>.

Le code manifeste son archaïsme en allant encore plus loin par le refus d'une

---

Firach)... ».

<sup>465</sup> Ces dispositions concernent le cas d'une grossesse intervenue durant la période des fiançailles.

<sup>466</sup> Article 158 du Code de la famille : « La filiation paternelle est établie [...] par tout moyen légalement prévu, y compris l'expertise judiciaire ».

<sup>467</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2e année législative de la 7e législature en date du 10 octobre 2003.

<sup>468</sup> « Les relations intimes deviennent plus personnelles et individualisées, entre les jeunes cela n'est plus une source d'infamie, mais plutôt de célébration, et les personnes qui ne vivent pas leurs relations au grand jour sont suspectées de ne pas être des gens normaux », HILLS Rachel, « What Every Generation Gets Wrong About Sex », *Time Magazine*, 2 décembre 2014 [Consulté le 01 mai 2020].

filiation paternelle à l'enfant issu de viol, frappant la femme violée et son enfant d'une double peine : devoir porter seule la responsabilité à l'égard de l'enfant et subir le rejet de la société à cause du tabou qui entoure le viol et le rapt nuptial comme en témoignent les propos de Fouzia Assouli en ce qui concerne l'affaire Amina Filali : « [...] c'était une condamnation de la société entière [...] »<sup>469</sup>.

Ainsi le nouveau texte de loi, qui se réclame de la modernité ou qui se veut plus moderne, se révèle plus rigide et contraignant à l'égard de ces femmes que ne l'étaient les usages et décisions antérieurs. Là où la jurisprudence islamique permettait notamment de contourner la rigidité du droit musulman au moyen de *hiyal*<sup>470</sup>, la justice marocaine, ignorant les réalités sociales, assoit ses principes en dépit de l'injustice qu'ils peuvent créer, comme le démontre froidement et tristement l'argumentation de la décision suivante : « Conformément à l'article 152 du Code de la famille, 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, étant donné que les interdits et la filiation sont antinomiques. Les allégations de viol de la demanderesse au moment où elle était mariée n'entraînent pas le rattachement de la grossesse issue de ce viol au violeur »<sup>471</sup>. Le législateur marocain permet ainsi au violeur d'échapper à la peine civile et à ses obligations en tant que père vis-à-vis de l'enfant, voire même d'échapper à la sanction pénale.

La volonté de préserver dans le Code de la famille, en toutes circonstances, la primauté du mariage sur toute autre relation dans l'établissement de la filiation, reste en décalage avec l'esprit innovateur que ce texte prétend vouloir introduire dans le droit marocain du XXI<sup>e</sup> siècle. Dans une société tribale, décréter que l'enfant illégitime ne jouissait pas de filiation paternelle constituait une peine morale à l'égard du père qui pouvait avoir recours à des relations extra-conjugales pour se doter d'un

---

<sup>469</sup> FRENK Carine, « Maroc : « Malgré la loi, il y a encore des filles qui épousent leur violeur », *RFI*, 04 Septembre 2018 [Consulté le 01 mai 2020].

<sup>470</sup> Subterfuges.

<sup>471</sup> Arrêt du 31 janvier 2007.



héritier mâle. Mais l'enfant appartenait alors à la tribu de sa mère<sup>472</sup>.

Alors que dans le Maroc actuel le besoin d'avoir un héritier mâle ne se fait plus ressentir avec autant d'acuité. De plus, l'enfant n'y est désormais pris en charge que par ses parents au sein de la famille nucléaire. Aussi, conserver une telle règle juridique, en ayant conscience du changement de mœurs sociales dans le pays, revient à fournir une justification légale à un préjudice infligé à la mère et à l'enfant.

Cette position est incompréhensible si on la compare avec les efforts déployés au cours du temps dans le cadre de la tradition du droit classique par les juges et juristes pour tenter de pallier les rigidités des sources sacrées et en contourner certaines règles en les adaptant aux besoins de chaque époque, avec le souci de protéger et préserver l'intérêt de l'enfant<sup>473</sup>.

- Le cas de l'erreur ou *Choubha*

Dans le Code de la famille de 2004, le législateur marocain maintient la notion de *choubha*<sup>474</sup> puisque son article 152 énonce que la filiation paternelle découle des rapports conjugaux, de l'aveu du père ou des rapports sexuels par erreur. C'est une institution héritée du droit classique mais qui reçoit hélas le même traitement que la notion de « raisons impérieuses » invoquées dans le cadre de l'article 16 du même code en ce qui concerne l'établissement du contrat de mariage.

La doctrine classique avait minutieusement détaillé les circonstances qui peuvent être considérées comme résultant de la *choubha* ou erreur, comme dans la grande *Moudawana*<sup>475</sup> de l'Imam Malik : « Si une femme a couché avec un homme

---

<sup>472</sup> Voir *supra*.

<sup>473</sup> ALRAHWAN Muhammad Said Mitwali, *op.cit*, p. 4.

<sup>474</sup> Rapports sexuels par erreur.

<sup>475</sup> C'est un des ouvrages majeurs du *fiqh* malékite, c'est un ensemble de questions auxquelles a été confronté l'Imam Malik et auxquelles il a fourni des réponses qui furent rapportées par l'imam Sahnoun Ibn Said Ibn Habib At-Tanukhi.

alors qu'elle savait que ce n'était pas son mari ? [...] Alors la peine de *zina* sera appliquée et elle n'aura pas droit à la dot. Si elle [la femme] dit : je pensais que vous m'aviez mariée [...] alors elle aura droit à la dot de la part de l'homme avec qui elle a eu des relations [...] »<sup>476</sup>. Ainsi, chaque fois que la peine de la fornication est annulée sur la base de la *choubha*<sup>477</sup>, la dot est prescrite comme compensation et la filiation paternelle est reconnue.

En revanche, dans le texte de loi marocain, le législateur garde le silence et entretient le flou autour de la notion de la *choubha*, à une époque où les mœurs et pratiques prémaritales ont changé et se sont diversifiées. Aujourd'hui au Maroc, comme dans toute autre partie du globe, le mariage traditionnel consommé après sa célébration a bien souvent laissé place à des usages modernes.

À l'exception des mariages forcés encore pratiqués dans certaines régions reculées du Maroc, dans les grandes villes, et dans la plupart des milieux sociaux, l'invocation de la notion de la *choubha* s'avère osée. Cette notion repose avant tout sur la bonne foi des parties, mais la non-intention de fauter est par nature délicate à démontrer. De ce fait, le silence du législateur en ce qui concerne les éléments composants de la *choubha* peut être perçu comme une porte ouverte aux abus de toutes sortes.

Cet état de fait conduit une partie de la doctrine à considérer qu'elle n'est plus aujourd'hui un argument recevable dans les questions de mariage et de filiation. « Prétendre l'erreur en ce qui concerne la relation avec une femme en pensant que le lien de mariage liait les parties, et en lui-même suspect de leur part. [...] en plus de ce qui peut résulter comme disparition des peines relatives aux relations hors mariage en invoquant l'erreur [...] Ainsi l'erreur n'est plus aléatoire, mais créée par le

---

<sup>476</sup> **AT-TANUKHI** Sahnoun Ibn Said Ibn Habibi, *Al Moudawana Al Kubra* (la Grande *Moudawana*), tome 2, p. 248 [Consulté le 04 mai 2020].

<sup>477</sup> **BENAICH** Mohammed, *op.cit*, p. 135.

fait de l'homme du fait de la drogue, la libération sexuelle [...] »<sup>478</sup>.

Le seul cas d'erreur qui a été détaillé dans le Code de la famille est la consommation du mariage au moment des fiançailles. Ainsi l'usage fait de la notion d'erreur dans le Code de la famille marocain et le flou qui l'entoure peuvent être perçus comme une protection pour l'enfant et sa mère en matière d'obligations paternelles pour l'un et de la dot pour l'autre, dans la mesure où son appréciation est laissée à la latitude du juge désireux de jouer un rôle social. C'est lui qui doit ainsi déterminer si oui ou non il y a eu erreur, et si celle-ci peut avoir des conséquences juridiques en faveur de l'enfant quand son intérêt supérieur est en jeu<sup>479</sup>.

La véritable nouveauté introduite par le législateur c'est l'expertise médicale. Dans le droit antérieur à 2004, elle demeurait totalement méconnue du juge, car aucune disposition ne la mentionnait dans les versions de 1958 et 1993. Le juge, pour l'établissement de la filiation, se devait de n'avoir recours qu'aux moyens de preuves légaux<sup>480</sup> expressément prévus. Toute prise en compte d'une expertise médicale lui était interdite. Le législateur introduit donc sur ce point une nouveauté radicale en 2004, permettant au juge par des dispositions explicites, d'y recourir pour un certain nombre de domaines surtout quand il s'agit du mineur, et notamment de sa filiation<sup>481</sup>. Cette évolution s'inscrit dans un processus de renforcement de la protection de l'enfant et de ses droits dont le premier est sa filiation.

Dans le but de moderniser son droit de la famille et de prendre en compte les connaissances issues des progrès de la science, le législateur marocain a donc introduit l'expertise ADN ce qui a pour conséquence d'aligner le droit du Maroc sur d'autres

---

<sup>478</sup> **BENAICH** Mohammed, *op.cit*, p. 137-138.

<sup>479</sup> Avec la reconnaissance de la filiation en cas de rapport par erreur, une nouvelle question se pose dès lors : est-ce que l'enfant peut hériter de son père, la réponse est oui. Car dans le fiqh octroie des droits successoraux du moment où la filiation est établie, et la qualité d'enfant légitime est reconnue.

<sup>480</sup> Article 91 de la *Moudawana* de 1958 : « Le juge étayera sa sentence par tous les moyens de preuve légalement admis en matière de désaveu de paternité ».

<sup>481</sup> Article 158 du Code de la famille : « La filiation paternelle est établie [...] par tout moyen légalement prévu, y compris l'expertise judiciaire ».

législations comme le droit français qui reconnaît le recours à l'expertise médicale. Cependant, cette similitude des moyens entraîne un effet de trompe-œil tant les conséquences en droit marocain sont éloignées de celles constatables en France et peuvent s'estomper au profit de « la nature des choses »<sup>482</sup>.

L'usage de l'expertise n'est en effet permis au Maroc que pour apporter au juge une preuve de paternité et ne peut constituer un moyen de désavouer sa paternité comme le prouve le cas de M. BELLAKHDIM<sup>483</sup>. Cet homme marié, après avoir saisi le tribunal de Mulhouse pour désavouer sa prétendue fille sur la base d'une expertise médicale a obtenu gain de cause. Muni de la décision du juge français et des résultats de l'expertise médicale, il s'est présenté devant le juge marocain qui a écarté ces éléments de preuve pour le condamner comme père à payer une pension à la mère de la fille. Une décision qui a ensuite été confirmée en appel<sup>484</sup>.

Dans cette affaire, le juge a pris en considération la période de la grossesse et la date de l'accouchement intervenu dans le délai d'une année après le divorce du couple. Se basant sur la doctrine du droit musulman classique, il en a conclu à une présomption de paternité, conséquence d'un mariage légalement conclu. Ainsi le mariage dans le droit marocain conserve la propriété qu'il a en droit classique de conférer à l'enfant, né dans ce cadre, un lignage biologique, et de jouer ainsi à son égard un rôle protecteur et social<sup>485</sup>.

Dans cet exemple se manifeste pleinement la faiblesse du dispositif introduit par la réforme. Mais la non-prise en considération de l'expertise médicale peut résulter aussi du fait qu'un certain nombre de juges, membres d'un corps marqué par le

---

<sup>482</sup> **FAVIER** Yann, « La preuve de la filiation : le droit et la vérité des filiations », *Recherches familiales*, Union nationale des associations familiales (UNAF), 2010, p. 17-28.

<sup>483</sup> Voir Annexes.

<sup>484</sup> CA El Jadida, Chambre de statut personnel, jugement n° 496/98 rendu le 20 mars 2002 ; **BLANC** François-Paul, « La présomption *Walad lil firash* et les tests ADN, la position du droit marocain », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2004, p. 243.

<sup>485</sup> **ROBLEH** Youssef Ali, *op.cit*, p. 30.

conservatisme, voient d'un mauvais œil les tests génétiques. Le recours à de tels procédés est parfois perçu comme un péril pour leur conception musulmane de la famille et de la filiation dans la mesure où il peut conduire à valider des filiations non prouvées au regard du *fiqh* et en dissoudre d'autres qu'il établit comme légitimes.

Ainsi cette volonté de protection de la filiation de l'enfant, clé de son insertion sociale, peut se traduire par le fait que même dans les cas où la stérilité du père est appuyée par une attestation médicale, le juge est tenu d'ordonner une analyse génétique. Comme le montre la sanction en 2005, par la Cour suprême, de la décision d'un magistrat qui avait jugé que le seul certificat médical attestant de la stérilité du père le dispensait de l'expertise ADN.

Selon elle, aucun texte légal n'interdisait en la circonstance, au magistrat le recours à l'expertise<sup>486</sup>, que la loi lui permettait d'ordonner pour établir ou démentir le lien de filiation. Cette décision intervenait à la suite des critiques que la plus haute instance judiciaire au Maroc avait auparavant subi en méconnaissant les tests génétiques comme moyen de preuve<sup>487</sup>.

Cette décision singulière de la Cour suprême peut paraître défier toute logique naturelle, mais elle peut trouver sa justification dans le *fiqh*. Pour la majorité des écoles musulmanes, la présomption de paternité est établie du moment qu'il y a cohabitation et rapports conjugaux. Mais cette décision est restée unique dans son genre, car par la suite la Cour suprême est revenue à ses anciennes positions en annulant la filiation établie au moyen de tests ADN.

Même si techniquement le Code de la famille permet de contester la paternité de l'enfant par l'expertise médicale, l'impression qui se dégage de la pratique judiciaire est la primauté et la supériorité du moyen classique de désaveu, à savoir le serment d'anathème. Cela prouve que la filiation demeure un fait influencé par la

---

<sup>486</sup> Cour suprême, 9 mars 2005, chambre de statut personnel dossier n° 615/1/2/2003.

<sup>487</sup> **ROBLEH** Youssef Ali, *op.cit*, p. 31.

tradition. Socialement reconnue, elle constitue un facteur de préservation de l'enfant vis-à-vis d'une société hostile aux enfants illégitimes.

Même si le législateur a tenté d'introduire un semblant de justice et d'égalité vis-à-vis de la femme grâce à l'article 158 du Code de la famille qui permet de prouver la filiation par tout moyen même l'expertise judiciaire, qui peut renvoyer vers l'analyse ADN, cette expertise n'est pas automatique est doit être réalisée à la suite d'une demande de la partie en question. La plupart du temps les juges se crispent devant une telle demande et la refusent systématiquement invoquant le coût de l'opération et sa durée<sup>488</sup>.

Cette attitude s'explique par la conviction que le recours à l'ADN ne saurait justifier la suppression d'un lien paternel ni servir à créer un lien de la sorte. La réalité biologique se trouvant surclassée par la réalité sociale. Cela est encore plus sensible lorsqu'il s'agit de l'étendre à des relations hors mariage car les juges ne jurent alors que par le *firach* et perçoivent les tests ADN comme une vraie atteinte à la vertu, à la droiture, et évidemment à la famille qui constitue le socle de toute société.

Les juges rusent pour pouvoir refuser le recours au test ADN, comme dans une affaire mettant en cause un fonctionnaire communal, où le juge refuse le recours à l'expertise médicale, jugeant que pour pouvoir ordonner une telle démarche, il faut justifier des fiançailles dûment conclues et approuvées entre les deux parties<sup>489</sup>.

Ainsi, la Cour suprême a sanctionné un juge qui s'était abstenu d'ordonner le recours à l'expertise médicale sur la base d'une attestation de stérilité tout en approuvant le non-recours à l'expertise pour la simple raison que la relation était illicite et ne pouvait donc ouvrir à ce droit comme elle l'expliquait clairement : « Lorsqu'une femme est enceinte par suite de rapport illégitime, la

---

<sup>488</sup> « Filiation, l'expertise ADN, une hérésie pour les juges », *L'Economiste*, n° 3522, 04 mai 2011 [Consulté le 6 mai 2020].

<sup>489</sup> *Ibid.*

filiation de l'enfant ne peut être établie à son égard que conformément au *fiqh*, 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 »<sup>490</sup>.

Ce type de solution contrevient à l'intérêt de l'enfant et a un effet totalement contraire à l'intention de le protéger que le Maroc met pourtant en avant dans les textes de loi qu'il adopte depuis quelques années. Elle place ce pays dans une position qui, non seulement, va à l'encontre des recommandations internationales, mais aussi de celle de l'académie islamique du *fiqh* qui a encouragé les pays à reconnaître la preuve génétique dans les affaires de filiations<sup>491</sup>.

Le recours à l'expertise génétique demeure très codifié et peu utilisé, ce qui conduit l'observateur de bonne foi, à postuler qu'il s'agit pour le Maroc d'un moyen de preuve alignant le droit marocain sur des standards internationaux très éloignés de la réalité du pays. Les juges s'entêtent encore à ne pas la prescrire ou à la refuser, parce qu'aux yeux d'une grande partie de la magistrature, en vulgariser l'usage serait encourager la prostitution et les relations hors mariage conduisant ainsi à l'ébranlement de la société et de l'institution du mariage<sup>492</sup>. La peur de l'inconnu a pris le dessus sur la recherche de la justice et de l'équité, dans une société qui porte encore un regard rude et beaucoup de jugements négatifs sur les mères célibataires et leurs enfants.

Cette rigidité normative du droit marocain particulièrement aggravée par l'interprétation et l'application qu'en font les juges produit des dysfonctionnements de deux ordres : en premier lieu, vis-à-vis de la mère qui supporte seule les conséquences pénales de la relation jugée illicite ; en second lieu, à l'égard de l'enfant qui devient un

---

<sup>490</sup> **AMAHMOUL** Jawad, « L'établissement de la filiation paternelle au Maroc », *Village de la justice*, 2009 [Consulté le 6 mai 2020].

<sup>491</sup> **ROBLEH** Youssouf Ali, *op.cit*, p. 31.

<sup>492</sup> « Filiation, l'expertise ADN, une hérésie pour les juges », *L'Economiste*, n° 3522, 04 mai 2011 [Consulté le 6 mai 2020].

paria dans une société qui ne reconnaît comme licites que les relations au sein du mariage et légitimes que les enfants issus de ces relations.

Pour ce qui est du lien entre le droit de la famille et le droit pénal, il est manifeste. L'article 490 du Code pénal marocain punit d'un mois à une année de prison toute personne qui a des relations sexuelles hors mariage. Le seul rattachement de l'enfant à sa mère peut constituer une preuve flagrante d'une relation induue. Dès lors, si le Code pénal qualifie une telle femme de prostituée et donne au juge toute latitude pour en décider, cela peut alors conduire à la tournure qu'a prise une affaire de viol en devenant une affaire de mœurs et où la femme est passée du statut de victime à celui de prévenue<sup>493</sup>.

Ainsi, même si la constitution a instauré l'égalité entre homme et femme, et bien que le droit de la famille permette une reconnaissance ultérieure du mariage via le fameux article 16, hommes et femmes ne sont pas traités avec une égale considération. D'un côté, le lien de parenté entre un enfant et sa mère constitue une preuve du délit commis par celle-ci, que la relation à l'origine de la naissance ait été ou non consentie<sup>494</sup> alors que la relation entre l'enfant et son père est différente en l'absence de reconnaissance volontaire de ce dernier. Tant que le père n'avoue pas son lien de paternité, il n'est pas poursuivi par le juge, qui ne cherchera pas à conforter son appréciation en demandant une expertise génétique sous prétexte que la procédure reste complexe et chère<sup>495</sup>.

Constituant un moyen de preuve d'une relation sexuelle illégale, l'enfant né hors mariage contribue à l'arrestation de sa mère alors que dans le même temps, son

---

<sup>493</sup> **EI HOURRI** Abdelali, « Affaire de l'enfant né hors mariage : la mère se pourvoit en cassation », *Medias24*, octobre 2017[Consulté le 07 mai 2020].

<sup>494</sup> Il existe une circulaire qui fait obligation à l'hôpital d'alerter les autorités quand une mère se présente pour l'accouchement, ce qui conduit ces mères célibataires à choisir d'autres lieux parfois dangereux pour elles et l'enfant afin d'accoucher. **SECHTER-FUNK** Iris, « La maternité célibataire au Maroc, entre normes et pratiques », *Le Maroc au présent*, Centre Jacques-Berque, Casablanca, 2015, pp. 335-364.

<sup>495</sup> **INSAF**, *Le Maroc des mères célibataires*, rapport, 2010, p. 24.



père, s'il ne décide pas de se manifester, n'est pas du tout inquiet. La plupart du temps, compte tenu du poids social que représente pour sa réputation la publicité de cette situation, il disparaîtra dès qu'il saura que la femme avec qui il a eu une liaison est enceinte.

Sans oublier que dans un Maroc conservateur, la notion du rapt nuptial vient interférer avec le viol, ce qui dans un passé relativement récent, contraignait la femme à un choix cornélien, soit épouser son violeur, soit accepter de vivre « dans le drap de la honte ». Ainsi jusqu'au cas d'Amina Filali qui a poussé à un changement de perception de ce type de situation, l'homme pouvait, avec la complicité des familles et des autorités, échapper à toute poursuite alors que la femme n'avait quant à elle aucune compensation possible<sup>496</sup>. Cette attitude du Maroc dans le traitement réservé aux mères célibataires a dès lors des répercussions importantes sur leurs enfants et leur place au sein de la société.

Dans ses textes et son esprit, le droit marocain distingue donc toujours entre deux sortes de filiations : l'une légitime issue d'un mariage et ce quelle que soit sa forme, et l'autre illégitime dans tous les autres cas. Le lien de filiation avec son père et sa mère est par conséquent différent selon les cas de figure, ce qui introduit dès la naissance une discrimination contraire aux principes du droit international.

Paradoxalement, le droit marocain ne fait aucune différence entre un enfant né d'une relation adultérine, d'une romance ou d'un viol, car du fait de l'absence de mariage le lien est alors seulement établi avec sa mère. Mais si le droit se montre en la matière démunie d'empathie pour l'enfant né hors mariage, le plus difficile à assumer demeure le manque de bienveillance de la société à l'égard de ces nouveau-nés.

Ainsi le calvaire de l'enfant né de la *hchouma*<sup>497</sup> commence dès la naissance

---

<sup>496</sup> BRUNEAU Caroline, « Le Maroc choqué après le suicide d'une jeune fille violée », *Le Figaro*, 15 mars 2012 [Consulté le 7 mai 2020].

<sup>497</sup> La honte.

comme en témoigne Madame Aïcha Chenna : « Vingt-quatre bébés sont abandonnés chaque jour, et je ne vous parle pas des cadavres qu'on trouve chaque jour dans les poubelles. Il y a un problème de moralité dans notre pays, au nom de la *hchouma* on sacrifie nos enfants »<sup>498</sup>. Même si l'enfant survit à cette naissance et grandit, il est reconnaissable à cause du prénom qu'il porte et qui doit commencer obligatoirement par « *Abd-el* » ce qui renvoie au fait qu'il n'est l'enfant de personne, c'est à partir de ce moment que la personnalité juridique de l'enfant est niée, puis la discrimination qui le touche se poursuit sa vie durant et se manifeste avec rigueur en matière de successions.

Le droit marocain ne lui permet en effet de succéder qu'à sa mère et sa famille maternelle, mais pas sa famille paternelle. La seule personne capable de remédier à cette situation reste le juge qui, grâce à la marge de manœuvre que lui laisse le législateur, est en mesure de conférer quelques droits à cet enfant. Mais sous la pression des conventions sociales, culturelles et religieuses, le juge considère le plus souvent que la relation entre les parents n'a pas eu lieu, et que tout ce qui en résulte doit être effacé et combattu, car c'est le seul moyen de préserver la vertu et lutter contre la prostitution.

Même quand le père est prêt à reconnaître l'enfant et à former une famille, persiste fréquemment un acharnement à imposer à l'enfant la réputation « d'enfant né hors mariage » par les moyens du droit<sup>499</sup>. La justice considère qu'après « la faute », il n'est pas possible ou souhaitable de récompenser le père en lui facilitant le mariage et en le dotant d'un enfant légitime. Comme en témoigne Ali : « Il nous a fallu deux ans pour avoir le droit de se marier ! Et je ne suis pas le seul, il y a des milliers de familles qui vivent la même situation que nous. Les autorités ne nous aident pas à régler cette

---

<sup>498</sup> VALLET Stéphanie, « Grossesses hors mariage au Maroc : les enfants de la honte », *La presse*, 2013 [Consulté le 8 mai 2020].

<sup>499</sup> ECH-CHENNA Aïcha, « Mère célibataire, enfant sans nom », *colloque enfants sans état civil, femmes sans droits*, 2013, p. 3 [Consulté le 8 mai 2020].

situation ! Alors qui va le faire ? »<sup>500</sup>

L'enfant né hors mariage est ainsi voué à la damnation sociale et juridique alors que dans les textes de loi, les tests génétiques sont un moyen mis expressément à la disposition des juges pour lui restituer le statut et la reconnaissance sociale de tout autre enfant comme le précise Merzaq Soumaya : « La preuve ADN, c'est quelque chose d'extraordinaire dont ces enfants doivent bénéficier »<sup>501</sup>. Enfin, dans de pareils cas, lorsque le père se manifeste, l'adoption permet dans d'autres sociétés d'établir un lien juridique de filiation ; or, mais même si le terme « adoption » figure dans le code, un sens tout particulier lui est accordé car cette référence vise à en proscrire expressément les effets sur la filiation.

- La *kafala* au Maroc

Celle-ci a été pratiquée depuis des temps immémoriaux par tous les peuples du bassin méditerranéen. Les Romains procédaient à une cérémonie codifiée et solennelle afin d'intégrer une personne dans une famille dans le but d'assurer la survivance du culte des ancêtres ainsi que la transmission du patrimoine. On distinguait entre l'adrogation ou *adrogatio* qui concernait une personne indépendante ou *sui iuris* et l'adoption qui plaçait une personne *alieni iuris*, l'adopté, sous l'autorité d'une personne après être sortie de la puissance de son *pater familias*<sup>502</sup>.

Avec des finalités communes ou différentes, les tribus arabes ont pratiqué l'adoption. Sans l'Arabie préislamique, elle était un moyen de remédier à ce qui pouvait être considéré comme une injustice sociale. Elle visait le plus souvent des

---

<sup>500</sup> NINAUVE Maud, « Au nom du père : les enfants nés hors mariage, parias de la société marocaine », Reportage, *TV5Monde*, 2018 [Consulté le 8 mai 2020].

<sup>501</sup> *Ibid.*

<sup>502</sup> LEVY Jean-Philippe et CASTALDO André, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2<sup>e</sup> éd., 2010, p. 177 et s. ; OURLIAC Paul et DE MALAFOSSE Jehan, *op.cit.*, p. 41 ; GIFFARD André, *Précis de droit romain*, tome I, Dalloz, 1935, p. 197 et s. ; LETT Didier, « Droit et pratiques de l'adoption au Moyen Âge », *Médiévales*, 35, 1998, p. 5-8.

enfants d’esclaves, des orphelins, voire même des esclaves adultes, même si cela ne relevait en réalité que d’une décision unilatérale de la part de l’adoptant comme en témoigne l’acte d’adoption de *Zay’id* par le Prophète Mohammed devant l’assemblée *Qurayshit*<sup>503</sup>.

Comme l’*adrogatio* romaine, l’adoption dans l’Arabie antique avait souvent pour fonction de procurer une descendance à celui qui n’en avait pas, comme en témoigne par exemple la pratique du mariage dit d’*istibda*, où le père désireux d’avoir un enfant permettait à sa femme d’avoir une relation avec une tierce personne, pour que l’enfant né de cette relation lui soit rattaché. C’est aussi le cas à l’époque du prophète Mohammed : avoir un héritier mâle était essentiel à une époque où ne pas en avoir signifiait la fin de la lignée, comme en témoigne le sobriquet que les *Quraychites* lui donnaient « *al abtr* » qui veut tout simplement dire personne amputée en référence à son absence de progéniture masculine<sup>504</sup>.

En outre l’adoption pouvait avoir comme autre but la conclusion d’une alliance entre clans. Outre l’adoption solennelle comme dans le cas de *Zay’id*, existait l’adoption de lait ou nourricière. L’allaitement conférait alors un lien matrilineaire avec la famille d’adoption. C’est la reconnaissance du lien ainsi créé qui permet de comprendre pourquoi, à la suite à l’interdiction de l’adoption par l’islam, le prophète avait conseillé à *Sahla Bnt Sohail* de donner le sein à Salim, qu’elle et son mari avaient adopté auparavant<sup>505</sup>.

L’adoption préislamique avait donc une vocation sociale, permettant de sauvegarder la lignée et d’assurer la transmission du patrimoine d’une personne tout

---

<sup>503</sup> « [...] Quand le messager de Dieu a vu ça, il est sorti avec lui à l’assemblée de *Quraysh* et dit : « soyez témoins, *Zay’id* est mon fils, il me succède et je lui succède » [...] Il fut appelé *Zay’id* fils de Mohammed jusqu’à la révélation ». AL-ASQALANI Ibn Hajar, *Al-Isaba fi tamyiz al-sahaba*, tome 4, p. 83.

<sup>504</sup> CONTE Édouard, « Affinités électives et parentés arabes », *Études Rurales*, 2001, n° 157-158, p. 65-94.

<sup>505</sup> CONTE Édouard, « Alliance et parenté élective en Arabie ancienne. Éléments d’une problématique », *L’homme*, 1987, n° 102, p. 119-138.

donnant un statut à des enfants de basse naissance. Cependant, il lui fut reproché par l'islam de conduire à des dérèglements sociétaux, surtout après les pactes de fraternité qui devaient suivre l'exode vers Médine<sup>506</sup>.

L'islam proclama l'abolition de cette institution. Plusieurs raisons sont invoquées pour justifier une rupture aussi radicale avec les usages antérieurs, comme la modification de la généalogie de la personne, la détérioration des droits à la succession des autres ayants droit, ou encore le changement des rapports de force, entre lignées au sein de la même tribu. L'adoption, en permettant à des personnes adoptées issues d'un statut inférieur de s'élever socialement, avait un effet déstabilisant, elle remettait en cause les hiérarchies sociales attachées à la naissance et à la filiation biologique.

De plus, l'adoption permettait à l'adopté même adulte d'intégrer la famille et d'interagir avec ses membres comme étant l'un d'eux, lui permettant par la même occasion d'avoir accès au moindre détail de leurs vies<sup>507</sup>, ce qui pouvait être source de profonds ressentiments en cas de mésententes. C'est donc en invoquant un souci d'équité que l'islam justifie l'abandon de cette pratique, bien que des interrogations<sup>508</sup> aient persisté. En adoptant *Zaid* avant la révélation portant sur ce thème, le prophète Mohammed s'était lui-même conformé à l'usage précédent en se dotant d'un héritier mâle.

Quoi qu'il en soit, la révélation a mis fin simultanément à deux pratiques, à savoir l'adoption, après les pactes d'adoption ou fraternisation qui avaient proliféré à

---

<sup>506</sup> *Ibid.*

<sup>507</sup> **AL QARADAWI** Yusuf, « *hukm a-tbani fi al'islam* (l'adoption en islam) », *fatawa wa ahkam*, <https://www.al-qaradawi.net>

<sup>508</sup> Selon la tradition musulmane, l'interdiction de l'adoption est intervenue pour apporter plus d'équité vis-à-vis des familles qui se voyaient dérober leurs enfants au profit d'une autre famille, et pour aussi rappeler que la filiation adoptive ne pourra pas prendre la place d'un lien de sang. **BEN KATHIR** Imâd ad-Dîn Abû al-Fidâ' 'Ismâ'îl ben 'Umar, *op.cit.*, p. 1481.

Cependant pour les orientalistes, la révélation de ces versets ont été plus un moyen de légitimer le mariage de Mohammed avec sa cousine *Zaynab*, **CONTE** Édouard, *op.cit.*

Médine après la venue des Mecquois<sup>509</sup> et l'invocation du lien maternel pour le divorce, comme l'énonce le Coran dans sa 33<sup>e</sup> sourate : « [...] il n'a pas fait que vos épouses que vous pouvez répudier soient pour vous comme vos mères, ni que vos enfants adoptifs soient comme vos propres enfants, ce n'est qu'une parole dans votre bouche [...] »<sup>510</sup>.

En mettant fin à cette institution, la révélation coranique va plus loin et permet le mariage avec les ex-femmes des enfants qu'on a pris sous sa protection, mettant ainsi l'accent encore une fois sur le lien de sang comme seule cause d'interdiction d'union matrimoniale et le fait que le seul lien équivalent résulte de l'allaitement comme l'explique le *hadith* suivant : « interdisez par allaitement ce que vous interdisez par filiation ».

L'interdiction de l'adoption peut être analysée comme le résultat de la combinaison d'un certain nombre d'évènements qu'a connus la société musulmane depuis le début de la révélation jusqu'à la création d'une communauté bien organisée avec ses propres lois à Médine. La révélation finale rappelle que le prophète n'est le père de personne et qu'il ne peut l'être pour les musulmans<sup>511</sup>. Cela met fin au débat sur l'adoption et permet en même temps de critiquer l'attitude des gens du livre vis-à-vis d'Abraham pour les juifs et de Dieu pour les chrétiens<sup>512</sup>.

Bien que l'adoption soit formellement interdite, les écrits laissent penser qu'il y avait toujours une forme d'adoption implicite chez les musulmans, comme en témoignent les récits et témoignages de compagnons du prophète à propos de la relation qu'il a maintenue avec *Za'id* et Oussama fils de *Za'id*, et comment Aïcha l'a

---

<sup>509</sup> **BEN KATHIR** Imâd ad-Dîn Abû al-Fidâ' 'Ismâ'îl ben `Umar, *op.cit.*, p. 1482-1483.

<sup>510</sup> **MASSON** Denise, « Verset 4, Sourate XXXIII (*Al-Ahzab*) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>511</sup> **MASSON** Denise, « Verset 40, Sourate XXXIII (*Al-Ahzab*) », *Saint Coran*, Gallimard ; **BEN KATHIR** Imâd ad-Dîn Abû al-Fidâ' 'Ismâ'îl ben `Umar, *op.cit.*, p. 1504.

<sup>512</sup> **TUGAULT-LAFLEUR** Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en occident : une réconciliation est-elle possible*, Mémoire, Montréal, 2011, p. 42-42.

rapportée : « [...] s'il lui avait survécu, il serait devenu son Calife »<sup>513</sup>.

Après avoir interdit l'adoption, l'islam a cherché à lui substituer un lien de nature spirituelle comme le déclare le Coran : « [...] mais si vous ne connaissez pas leurs pères, ils sont vos frères en religion, ils sont des vôtres »<sup>514</sup>. Et comme toutes les religions monothéistes, imprégné par l'idéal de charité, il remplace l'adoption par la *kafala*.

Celle-ci fut instaurée comme mode unique de prise en charge des orphelins, par le biais de versets coraniques et de *hadiths* comme celui rapporté par Sahl Ibn Sa'd : « Le Prophète (*swas*) a dit : nous serons dans le paradis moi et celui qui s'occupe de l'orphelin comme cela » et il fit un signe avec l'index et le majeur »<sup>515</sup>. Ainsi dans le droit musulman classique la *kafala* prend la forme d'un engagement moral de la part du *kafil* envers le *makful*, qui prend fin à la majorité celui-ci<sup>516</sup>.

L'obligation d'entretien qui découle de ce contrat, n'établit en aucun cas un lien de filiation et peut prendre fin dès que le père biologique apparaît<sup>517</sup>. Cette forme de prise en charge concerne surtout les orphelins, contrairement à l'adoption qui pouvait changer la généalogie d'une personne en la faisant entrer dans une nouvelle famille, ce qui explique le reproche coranique de l'impossibilité d'avoir deux pères<sup>518</sup>.

On peut donc dire que la *kafala* remplace l'adoption dans les pays musulmans, même si elle n'a pas les mêmes conséquences que cette dernière, en tout cas c'est la position qu'a retenu la convention de New York dans son article 20 alinéa 3 : « cette

---

<sup>513</sup> **BEN KATHIR** Imâd ad-Dîn Abû al-Fidâ' 'Ismâ'îl ben 'Umar, *op.cit*, p. 1503.

<sup>514</sup> **MASSON** Denise, « Verset 5, Sourate XXXIII (*Al-Ahzab*) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>515</sup> **AL-BOUKHARI** Mouhammad, « *Kitab Al-Talaq* (livre des divorces) : *hadith* n° 5304 », *Le Sahih* (d'Al-Boukhari) [consulté le 15 mai 2020].

<sup>516</sup> **MASSON** Denise, « Verset 6, Sourate IV (*Al-Nisa*) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>517</sup> **EZ-ZAHOUD** Nisrine, « Un remède à l'adoption pour les pays musulmans : la *kafala*... mais que signifie cette notion », *Village de justice*, 2011 [15 mai 2020]

<sup>518</sup> **MASSON** Denise, « Verset 5, Sourate XXXIII (*Al-Ahzab*) », *Saint Coran*, Gallimard.

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 [...] 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 »<sup>519</sup>.

Et à part certains pays, à la population majoritairement musulmane, qui reconnaissent l'adoption<sup>520</sup>, les pays dont la législation familiale s'inspire du droit musulman, comme le Maroc, pratiquent la *kafala* comme seul moyen d'accueil légal de l'enfant au sein d'une famille, ce qui crée parfois des incompatibilités et incompréhensions avec les pays d'accueil de ces familles comme c'est le cas en France<sup>521</sup>.

À la fin du protectorat et lors de l'adoption du premier Code de statut personnel, le législateur marocain ne s'était pas penché sur la question de la prise en charge ou de l'adoption de l'enfant abandonné. À l'époque, la question ne se posait pas, la notion même d'enfant orphelin, en état d'abandon, n'existait pas. On considérait que tout enfant trouvait facilement une famille d'accueil. Dans ces conditions, le concept de tutelle exercée sur les mineurs n'avait pas d'écho et les seules fois où l'adoption était mentionnée, c'était pour l'interdire ou rappeler qu'elle ne crée pas de lien de filiation<sup>522</sup>.

---

<sup>519</sup> Article 20 de la convention internationale des droits de l'enfant *alinéa* 3 : « Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié ».

<sup>520</sup> « Prohibition de l'adoption dans les pays de droit musulman », [www.cicade.org](http://www.cicade.org)

<sup>521</sup> Article 370-3 du Code civil : « Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union. L'adoption ne peut toutefois être prononcée si la loi nationale de l'un et l'autre la prohibe » ; CEDH, Arrêt Harroudj c. France, n° 43631/09.

<sup>522</sup> Article 83 *alinéa* 3 de la *Moudawana* de 1958 : « L'adoption n'a aucune valeur juridique et n'entraîne aucun des effets de la filiation ».



Dans le Maroc actuel, soumis à de profondes mutations sociales où la structure matérielle et la vision de la famille n'ont cessé d'évoluer, le silence du législateur produit de plus en plus d'effets néfastes sur la situation de nombreux enfants. Cela a permis, entre autres, le développement de pratiques hors-la-loi comme le commerce d'enfants abandonnés à des fins de mendicité<sup>523</sup> ou encore des dérives telles que l'emploi comme domestiques de petites filles par certaines grandes familles<sup>524</sup>.

La prise de conscience collective de ces usages pervers et de la violence morale et matérielle ainsi infligée à de nombreux enfants a poussé le gouvernement à agir une première fois en 1983, par le biais de la circulaire n°54 du ministre de l'Intérieur. Cette circulaire avait un but plus répressif que protecteur. Ainsi, les hôpitaux étaient désormais tenus d'identifier tout accouchement entrant, et avec l'aide des assistantes sociales de dénoncer les mères célibataires et déclarer tout enfant illégitime. Cependant, en l'absence de mise en place d'un quelconque dispositif légal ou juridique d'application, certaines régions ont continué à solutionner ce genre de situation « socialement »<sup>525</sup>.

Avec ces dispositions répressives étatiques nouvelles, l'enfant né hors mariage constitue encore bien malgré lui dans la législation en vigueur la preuve d'un crime de mœurs lourdement sanctionné. C'est pourquoi les mères en question ont parfois préféré disparaître, en laissant l'enfant à l'hôpital, ou pire encore, en cas accoucher hors hôpital en abandonnant l'enfant sur la voie publique, compromettant ainsi ses chances de survie.

---

<sup>523</sup> **OUUGHIRI** Meriem, « Enfants abandonnés : les principales dispositions de la loi de 1993 », *L'Economiste*, 1995, n° 194 [Consulté le 18 mai 2020].

<sup>524</sup> **RABINEAU** Yves, *Le régime de la kafala au Maroc et ses conséquences au regard du droit français*, Note, 2005 [Consulté le 18 mai 2020].

<sup>525</sup> Une enquête a été menée en 1990 par la ligue marocaine pour la protection de l'enfance. Elle est fondée sur 115 cas de mères célibataires [...] La même année, le centre pour enfants abandonnés de rabat admet 320 enfants contre 106 pour celui de Casablanca [...] L'information a parfaitement circulé : les femmes se déplacent et viennent de très loin pour régler leurs problèmes d'enfant à rabat. **BARRAUD** Émilie, « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », *Droit et Cultures*, 2010, n° 59 ; p. 255-282.

La persistance et l'ampleur du phénomène ont poussé le législateur à intervenir directement par la promulgation d'une loi relative aux enfants abandonnés. En 1993, le Maroc s'est pour la première fois doté d'une loi qui régit la situation de l'enfant abandonné et la *kafala*. Cette loi a eu un double mérite. Elle reconnaît les relations nouées hors mariage qui s'éloignent donc d'une vision idéalisée et utopique de la chasteté et de la famille, et en même temps elle permet d'accorder une protection à l'enfant né dans des conditions non conformes au droit en vigueur.

Cependant, la nouvelle loi de 1993 entretient une forme d'injustice envers l'enfant dont elle prétend assurer la sécurité matérielle et juridique. En créant une loi séparée, le législateur s'entête à reconnaître le couple marié comme seul cadre social pour son accueil. Il met ainsi l'enfant né hors union matrimoniale, en marge de la société et n'offre comme seul moyen de l'insérer que la prise en charge matérielle par une famille. A défaut de filiation légitime, il est donc considéré comme un citoyen de second ordre.

La nouvelle loi a aussi permis d'instaurer un contrôle sur la prise en charge des enfants, car les seuls enfants considérés comme abandonnés sont ceux qui ont fait l'objet d'un jugement et la loi reconnaît la possibilité d'abandon même quand les parents sont connus<sup>526</sup> avec l'objectif de mettre fin de la sorte aux transactions clandestines dont la pratique se poursuivait malgré la circulaire gouvernementale antérieurement promulguée.

---

<sup>526</sup> Article 1<sup>er</sup> du dahir portant loi n° 1-93-165 relative aux enfants abandonnés : « Est considéré comme enfant abandonné tout enfant de l'un ou de l'autre sexe n'ayant pas atteint l'âge de 18 années grégoriennes révolues lorsqu'il se trouve dans l'une des situations suivantes : être né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré ; être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance ; avoir des parents de mauvaise conduite n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie, comme lorsque ceux-ci sont déchus de la tutelle légale ou que l'un des deux, après le décès ou l'incapacité de l'autre, se révèle dévoyé et ne s'acquitte pas de son devoir précité à l'égard de l'enfant ».

S'il convient de reconnaître que des efforts ont été déployés par le législateur afin de protéger l'enfant abandonné des affres de la vie, en lui accordant un cadre familial, il faut, *a contrario*, relever que ce même législateur a dressé un certain nombre d'obstacles à la réalisation concrète de la *kafala*. Cela est perceptible dès la fixation des exigences sur la qualité des *kafiles*<sup>527</sup>, par le biais de l'article 7 de la nouvelle loi où le législateur écarte un panel de personnes qui auraient pu bien remplir cette mission à l'exemple d'une femme divorcée, une veuve ou un homme célibataire qui ne peuvent pas prendre sous leur protection un enfant abandonné car cela n'est alors permis qu'au « couple musulman marié depuis au moins trois ans »<sup>528</sup>.

Cette disposition peut renvoyer à l'obsession que le législateur semble avoir développée autour de la notion de la famille et de sa sacralité. Ainsi se manifeste pleinement la force du concept selon lequel le noyau familial au sein de la société musulmane est toujours un couple légalement marié, seul capable d'accueillir un enfant, de l'éduquer et de la faire grandir.

Un autre obstacle que cette loi a instauré par le biais du contrôle du juge est l'impossibilité, sans l'accord de celui-ci, de quitter le territoire pour l'enfant en compagnie de la personne qui en a la charge<sup>529</sup>.

En 1993, même si la loi était imparfaite et créait quelques obstacles à la prise en charge d'un enfant en état d'abandon, le législateur marocain essayait, tant bien que mal, d'instaurer un circuit légal de *kafala* où chaque intervenant doit contribuer à son niveau à garantir la protection de l'enfant, et où les associations veillent, elles aussi, à ce que l'enfant ait un nom dans le « répertoire des noms patronymes maghrébins »<sup>530</sup>.

Ce premier pas vers la garantie de certains droits pour l'enfant abandonné est

---

<sup>527</sup> Personnes qui prennent en charge.

<sup>528</sup> Article 7 alinéa 2 du dahir portant loi n° 1-93-165 relative aux enfants abandonnés.

<sup>529</sup> Article 24 du dahir portant loi n° 1-93-165 relative aux enfants abandonnés.

<sup>530</sup> OUDGHIRI Meriem, *op.cit.*

renforcé, ou du moins complété, par la nouvelle loi en la matière adoptée en 2002<sup>531</sup> qui instaure une procédure exclusivement judiciaire pour la *kafala* concernant les enfants abandonnés et dont les parents sont inconnus, tout en laissant subsister, en dehors de la loi, la *kafala adoulaire* demandée par les parents de l'enfant et qui se passe généralement au sein même de la famille.

La réelle nouveauté réside dans la possibilité pour la femme veuve ou divorcée d'exercer ce droit comme le ferait un couple à condition qu'elle remplisse les mêmes conditions moralement et socialement que le couple<sup>532</sup>. Il demeure que la loi reste muette sur l'homme veuf ou divorcé. Une autre nouveauté de la nouvelle loi est de rendre un peu de dignité à l'enfant, car dans un Maroc qui jongle entre modernisme et conservatisme, l'enfant abandonné constitue un tabou, étant souvent associé à la figure de l'enfant né « hors mariage ».

En effet, les prénoms auxquels ces enfants avaient accès étaient limités et faisaient partie d'une liste bien définie<sup>533</sup>. Parfois l'enfant avait un matricule pour rappeler sa condition d'enfant né hors cadre légal car la *kafala* ne permet pas de rompre un lien de filiation comme elle ne permet pas d'en donner un. La nouvelle loi a permis à l'enfant d'adopter le nom de ses nouveaux parents et en même temps aux parents de lui accorder un prénom personnel sans prendre en considération une quelconque liste<sup>534</sup>.

Avec cette loi, rien n'a véritablement changé pour ce qui regarde le constat de l'abandon par le juge dont seul le jugement confère son statut à l'enfant. Cette procédure place désormais le juge au premier plan quand il s'agit d'enfant né de

---

<sup>531</sup> Dahir n° 1-02-172 du 1<sup>er</sup> *rabii* II 1423 (13 juin 2002).

<sup>532</sup> Article 9 du dahir portant loi n° 1-02-172 relative à la prise en charge des enfants abandonnés *alinéa* 2 : « ...La femme musulmane remplissant les quatre conditions visées au paragraphe I du présent article ».

<sup>533</sup> Voir *supra*.

<sup>534</sup> **BARRAUD** Émilie, « Adoption et *Kafala* dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *l'Année du Maghreb*, 2008, IV, p. 459-468.

relation illégitime. Mais la demande, contrairement à ce qui se passait dans les années 1990, ne donne pas lieu à des poursuites judiciaires à l'égard de la mère qui veut déclarer l'abandon<sup>535</sup>.

Pourtant, la crainte d'une sanction ultérieure conduit les mères célibataires à procéder à des abandons « sauvages » sans passer par la voie judiciaire. Même si le droit tend à se rationaliser, le poids de la société et la morale continuent à jouer un rôle prédominant particulièrement, en ce qui concerne les mères célibataires et les enfants dits de la « honte ».

Le législateur, afin de garantir une protection durable à l'enfant, a mis en place une procédure de contrôle à laquelle participent divers intervenants. Cette approche permet d'assurer une protection minimale de l'enfant contre les aléas de la vie. Elle présente néanmoins des lacunes qui compromettent parfois son efficacité. Même si la réforme porte en son sein des intentions louables et modernes, poursuivies par la judiciarisation complète de la procédure, elle n'en a pas moins, au fil du temps, montré ses limites.

Le juge, devenu acteur principal et central du dispositif, se trouve également au centre des critiques, étant soupçonné de prendre des décisions arbitraires. C'est ainsi que Nadia Bennis<sup>536</sup> fustige son action : « cette façon de faire est arbitraire. Le juge ne dispose pas des moyens pour contrôler la situation psychologique de la famille *kafil* et ne connaît pas les motivations qui la poussent à prendre en charge un enfant »<sup>537</sup>, même lorsqu'il recourt à l'aide des services sociaux.

Le manque de moyens et de temps empêche souvent un travail approfondi,

---

<sup>535</sup> **EL HOURRI** Abdelali, « Une tragédie silencieuse : les abandons d'enfant au Maroc », *Medias24*, septembre 2016 [Consulté le 21 mai 2020].

<sup>536</sup> Présidente du Collectif *Kafala* Maroc et présidente de l'association *Dar Al Atfal* (Fès).

<sup>537</sup> **BELOUAS** Aziza, « *Kafala* : une réforme du cadre législatif de 2002 s'impose », *La vie éco*, 27 février 2018 [Consulté le 22 mai 2020].

surtout si l'intervention des autorités de police est sollicitée pour pallier le manque d'outils sociaux, ce qui donne lieu à des enquêtes plus judiciaires que sociales qui sont alors, comme le rappelle le Collectif *Kafala* Maroc, « légères et ne peuvent apporter tous les éléments permettant de prendre une décision »<sup>538</sup>.

La procédure rencontre de nombreux problèmes lorsque doit s'exercer le contrôle du juge des tutelles. Il dispose d'un droit permanent s'appliquant à tous les domaines de la vie de l'enfant, ainsi la famille *kafil*, aura souvent le sentiment d'être réduite à un moyen subsidiaire pour éviter à l'État d'assumer la prise en charge matérielle de l'enfant.

Le juge garde les pleins pouvoirs sur la vie de l'enfant comme l'explique une mère adoptive : « nous sommes dans l'obligation de passer devant le juge lorsque nous envisageons de voyager ou de faire toute autre chose avec notre fille de 15 ans [...]. Avec mon mari nous avons le sentiment de ne pas être une vraie famille, de vrais parents exerçant tous les droits de paternité !!! [...] »<sup>539</sup>, sachant bien que dans les cas de *kafala*, il y a souvent deux données à prendre en considération : tout d'abord le souhait de la famille *kafil* de vivre comme une vraie famille, avoir des activités familiales, et ne pas avoir seulement le sentiment qu'elle est utilisée par l'État afin de remplir une mission qui à la base est sienne, et ensuite que dans le cas marocain plus de 50 % des cas de *kafala* concernent des familles marocaines résidant hors du Maroc ou des familles provenant de l'étranger, avant le gel de la *kafala* par le ministère de l'Intérieur<sup>540</sup>.

- La *kafala* à l'international

Le lieu de résidence extérieur d'une majorité de parents *kafils* pose rapidement problème à deux points de vue : au regard du suivi de la *kafala* selon le droit interne

---

<sup>538</sup> *Ibid.*

<sup>539</sup> *Ibid.*

<sup>540</sup> *Ibid.*

marocain et à propos de sa réception ou qualification juridique dans le pays où vit la famille d'accueil. Son interprétation dans les divers systèmes judiciaires des pays occidentaux devient une question centrale, non par pour législateur marocain, mais en tout cas pour les nombreux Marocains ou binationaux résidant en Europe.

Certes l'institution a été consacrée par la convention relative aux droits de l'enfant en ces termes : « [...] cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme de placement dans une famille, de la « *kafala* » de droit islamique, de l'adoption, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfant approprié [...] »<sup>541</sup>. De ce point de vue, elle ne peut même pas être comparée à une adoption simple comme elle est définie en droit français.

L'adoption simple crée un second lien de filiation et « confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier »<sup>542</sup>, alors que la *kafala* se limite aux termes de la loi qui la régit à « l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant [...] »<sup>543</sup>.

Comparée à l'adoption simple qui permet de s'insérer dans une nouvelle famille tout en gardant un semblant de filiation avec son géniteur, la *kafala* présente un caractère fondamentalement différent, car il lui manque l'élément essentiel de toute adoption à savoir l'instauration d'un nouveau lien de nature civile et durable, la filiation, entre les parties en présence.

En France, le législateur en 1923 a fait le choix de procurer à l'enfant adopté une protection et un véritable lien juridique avec ses parents de substitution. Depuis, le

---

<sup>541</sup> Article 20 alinéa 3 de la convention internationale des droits de l'enfant : « « Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, de la kafalah de droit islamique, de l'adoption ou, en cas de nécessité, du placement dans un établissement pour enfants approprié ».

<sup>542</sup> Article 363 du Code civil.

<sup>543</sup> Article 24 du dahir portant loi n° 1-93-165 relative aux enfants abandonnés.

juge français adopte la même approche avec les enfants dits d'adoption internationale. Mais cette attitude se combine avec le souci de respecter la culture et la loi du pays d'origine<sup>544</sup>.

Dans les années 1980 à 1990, au moment où le nombre d'adoptions d'enfant d'origine étrangère par des couples de nationalité française augmentait. Le juge agissait en général avec bienveillance à l'égard de l'enfant. Considérant que le problème relevait du droit international, le juge français faisait primer le bien-être de l'enfant, avant toute autre considération, notamment de la nationalité des adoptants. Deux approches prévalaient quand il s'agissait de reconnaître l'adoption une fois l'enfant entré sur le sol français.

Ainsi quand la loi du demandeur ne reconnaissait pas l'adoption, le juge la refusait automatiquement afin de ne pas contrevenir à la loi d'origine donnant ainsi lieu à un statut « hors normes » pour l'adoptant et pour l'enfant par extension<sup>545</sup>. Mais chaque fois que la loi nationale de l'adoptant connaissait cette institution, le juge était amené à agir au cas par cas en faveur de l'enfant. Il pouvait prononcer une adoption simple ou plénière, dans un élan d'humanisation du droit pour servir au mieux l'intérêt de l'enfant. Cette solution jurisprudentielle a subi des critiques d'une partie des juristes comme étant une solution boiteuse et préjudiciable pour l'enfant dans son pays d'origine<sup>546</sup>.

Pourtant, d'un point de vue social, l'approche du juge français apparaissait comme légitime. Pour un enfant dont les parents ne sont pas connus, et dont le pays d'origine peut rapidement n'être qu'un pays de vacances alors que le pays d'accueil est le lieu de résidence permanent, l'alignement sur les usages communs est probablement ce qui peut se faire de plus cohérent. Mais des considérations

---

<sup>544</sup> LE BOURSICOT Marie-Christine, « Les enfants recueillis en *Kafala* par des ressortissants français », *Journal du Droit des jeunes*, n° 260, 2006, p. 46-49.

<sup>545</sup> *Ibid.*

<sup>546</sup> *Ibid.*



géopolitiques interférant avec le droit conduisirent les juges à prendre un tournant radical vis-à-vis de la *kafala* et des *kafalas* conclues à l'étranger.

Ainsi le débat est né dans les années 1990 avec l'émergence de la conviction qu'il faut permettre « à tout enfant de concrétiser son intégration dans la famille et la société dans lesquelles il vit »<sup>547</sup>, au point que le rapport Matteï devait invoquer l'intérêt de l'enfant comme seul facteur à prendre en compte pour l'établissement de son adoption quand il est né à l'étranger. Cela est surtout vrai lorsque la filiation est méconnue légalement par son pays d'origine, car « les Droits de l'enfant ne devraient pas dépendre de l'endroit où il est né »<sup>548</sup>.

Le rapport rédigé en 1995 par Jean-François Matteï se prévalait d'intentions bienveillantes envers l'enfant, mais une disposition ajoutée durant les débats parlementaires à la loi qui s'ensuivit disposait que « l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur et né et réside habituellement en France »<sup>549</sup>.

Cette disposition avait pour objectif de mettre fin aux jurisprudences erratiques des tribunaux qui, aux yeux de commentateurs avisés, généraient des situations « boiteuses »<sup>550</sup>. Les décisions qui se sont appuyées sur cette législation ont alors introduit un double caractère discriminatoire : d'une part entre un enfant né dans un pays prohibant l'adoption et un enfant né en France, et d'autre part entre mineurs et majeurs.

La première discrimination prend la forme d'un refus systématique de transformer toute *kafala* en adoption. Non plus compte tenu de la nationalité de

---

<sup>547</sup> MATTEÏ Jean-François, *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontière*, Rapport, 1995, p. 127.

<sup>548</sup> *Ibid*, p. 128

<sup>549</sup> Article 370-3 alinéa 2 du Code civil.

<sup>550</sup> LE BOURSICOT Marie-Christine, *op.cit.*

l'adoptant, mais du fait de celle de l'adopté puisque les pays qui pratiquent la *kafala* sont des pays de droit musulman qui proscrivent l'adoption. Alors que dans les faits, l'adoption internationale donne souvent lieu à migration ou immigration, et par conséquent conduit à l'installation de l'enfant dans une nouvelle société d'accueil comme la France où l'adoption est parfaitement légale.

La règle ainsi posée, institue une discrimination basée sur le lieu de naissance tout autant que sur la nationalité, ce qui traduit probablement le désir du législateur de réguler, voire de mettre fin au flux migratoire qui peut résulter de la *kafala* offerte à des enfants issus des pays qui interdisent l'adoption par des Français.

Une autre répercussion de cette règle de droit sur l'enfant, particulièrement quand il est mineur, est la nature de son statut administratif, car n'étant pas considéré comme un français à part entière ce qui serait de droit en cas d'adoption plénière. Mais ici, une fois la majorité atteinte, il pourra bien faire l'objet d'une expulsion administrative vers son pays d'origine, et se retrouver propulsé, à son corps défendant, dans une société et une culture dont il ignore possiblement tout, surtout lorsqu'il s'agit d'un enfant dénué de filiation. L'effet de cette disposition n'est donc pas en accord avec l'esprit du rapport Matteï préconisant de mettre de côté l'ordre public et de se focaliser sur l'intérêt de l'enfant<sup>551</sup>.

Une autre forme de discrimination distingue entre enfant et majeur. La loi française permet de prononcer une adoption à l'égard du majeur étranger même si le pays d'origine l'interdit alors que pour le mineur cela reste impossible. L'argument avancé est que dans ce dernier cas elle implique le consentement des représentants légaux du mineur en question alors qu'à l'inverse cette exigence n'existe plus pour le majeur, même si un lien de filiation est déjà présent ou peut être établi. Cette distinction est ignorée dans l'institution de la *kafala* dont on aurait pu décider de reconnaître qu'elle est toujours une étape valide et significative dans le processus d'adoption, pourvu que soient respectées les dispositions de l'article 345 du Code

---

<sup>551</sup> MATTEÏ Jean-François, *op.cit*, p. 128.

civil<sup>552</sup>.

Avant la réforme de l'adoption internationale, le juge pouvait d'ailleurs faire preuve d'une certaine forme de souplesse vis-à-vis de la *kafala*, estimant qu'il pouvait autoriser l'adoption comme le démontre l'arrêt Fanthou<sup>553</sup>. La réforme rend l'application du droit plus rigide et contraire parfois à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui reste un pilier de la législation moderne touchant à l'enfance depuis la ratification des conventions qui traitent des droits de l'enfant. L'article 20 de la convention de New York de 1989 met la *kafala* au même degré que l'adoption, dans les procédés qui assurent la protection de l'enfant et dont ils préservent l'intérêt<sup>554</sup>.

Malgré les critiques, il est encore admis que la législation nationale française ne porte pas atteinte à l'intérêt de l'enfant, mais au contraire le protège. Cette idée est partagée par la CEDH jugeant que la protection de l'enfant et son intérêt se réalise petit à petit dans son nouvel environnement, comme le démontre l'arrêt Harroudj c. France, la *kafala* judiciaire permet la naturalisation de l'enfant adopté<sup>555</sup>.

Mais la réalité est autre, car la non-reconnaissance de la *kafala adoulaire* comme une sorte d'adoption conduit à des dysfonctionnements. Par exemple le refus d'attribution des droits à l'enfant par la caisse d'allocations familiales (CAF). Certaines caisses ne reconnaissent en aucun cas la *kafala*, comme une procédure ouvrant des droits à la famille d'accueil pour motif que la *kafala adoulaire* ne constitue pas une vraie prise en charge. Ainsi dans la pratique les CAF n'ouvrent des

---

<sup>552</sup> LE BOURSICOT Marie-Christine, *op.cit.*

<sup>553</sup> « Deux époux français peuvent procéder à l'adoption d'un enfant [...] à 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, Cour de Cassation, 1<sup>re</sup> Chambre civile, n° 93-17634, 1995.

<sup>554</sup> Article 3 alinéa 1 de la convention internationale des droits de l'enfant : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ».

<sup>555</sup> Arrêt Harroudj c. France, 5<sup>e</sup> Section, n° 43631/09, 2012.

droits que lorsqu'on peut invoquer devant elles le statut d'orphelin de l'enfant<sup>556</sup>.

Cependant une question de principe se pose d'elle-même à propos de la prise en considération de la *kafala* par le droit français. Pourquoi, un État qui prône la séparation du profane et du religieux, doit-il prendre en considération une règle de droit d'inspiration religieuse extérieure aux normes européennes ? Il n'est possible d'y répondre qu'en invoquant le désir du législateur français de ne pas imposer une vision manichéenne des rapports au sein de la famille, mais d'édicter des règles de droit qui font table rase des discriminations de toutes sortes issues de différentes traditions juridiques, pour faire droit à l'orphelin dans la recherche d'une famille d'accueil, ce qui lui impose une attitude d'interprétation bienveillante. Cependant ce mouvement se trouve réfréné par la nécessité de contrôler le flux d'immigration qui peut résulter des demandes de regroupement familial ainsi que les fraudes qui en résultent<sup>557</sup>.

La *kafala* est encore perçue en dehors du monde arabo-islamique, comme une institution exotique, elle n'a pas la même finalité que l'adoption alors qu'elle est le plus souvent une prise en charge de l'enfant qui résulte de la même intention, donner une nouvelle famille à un enfant. C'est pour cela que le droit français essaie de lui trouver des équivalents dans l'ordre juridique interne en la comparant à une tutelle ou une délégation d'autorité parentale.

À côté de la *kafala*, le droit musulman connaît deux autres formes de recueil d'enfants, l'adoption dite *jaza* et l'adoption dite *tanzil*. Ces deux institutions sont désignées par le mot adoption dans le Code de la famille mais son article 149 précise expressément et clairement qu'elles ne peuvent pas prendre la place du « *tabani* » et donc qu'elles ne créent pas de lien de filiation entre les parties<sup>558</sup>. Elles ne sont donc

---

<sup>556</sup> SAYN Isabelle, « Protection sociale et familles étrangères musulmanes », *Revue Européenne des Migrations internationales*, 1988, 4-1-2, p. 129-139.

<sup>557</sup> FERRAND Céline et LEROY Katell, « L'adoption en droit international privé », *Revue Juridique de l'Ouest*, n° 2, 2002, p. 193-230 ; *Ibid.*

<sup>558</sup> Article 146 du Code de la famille : « La filiation, qu'elle résulte d'une relation légitime ou illégitime, est la même par rapport à la mère, en ce qui concerne les effets qu'elle produit ».

pas des adoptions au sens occidental du terme.

Elles sont souvent un complément à la *kafala* qui, en l'absence de filiation créée, ne procure aucune vocation successorale. L'adoption de gratification ou testamentaire permet de combler ce vide. Malgré ce que le texte coranique et donc le texte de loi disent, dans la plupart des cas, la *kafala*, dans la pratique, va au-delà de la simple prise en charge, et l'enfant est souvent intégré au sein de la famille au point d'oublier qu'il est un *makful* même si la plupart des *kafala* se passent à un âge relativement avancé.

Le législateur musulman ainsi que marocain, par ces dispositions complémentaires, donne forme à un statut intermédiaire qui permet au *kafil* d'hériter sans pour autant avoir de lien de filiation comme l'explique Louis Milliot : « [...] une solution qui place l'adopté dans une situation intermédiaire entre l'enfant et le non-parent, en lui reconnaissant les droits d'un légataire d'une part d'enfant [...] »<sup>559</sup>. Contrairement à un enfant biologique, l'héritier gratifié ne peut avoir au-delà de la part testamentaire, et donc toutes les règles liées aux successions comme le « *ta'sib* », ne s'appliquent pas à lui.

En somme, après avoir exclu la possibilité de filiation le législateur musulman s'efforce par différents dispositifs de faire bénéficier le *kafil* des droits qui sont justement ceux que procure l'adoption, une manière de tenter de contourner une contrainte qui, quelles que soient ses justifications légitimes et religieuses est à l'encontre des intentions bienveillantes que ressentent dans des situations concrètes de nombreux adultes à l'égard d'enfants abandonnés ou en souffrance.

Face à l'injustice imposée à l'enfant, les juristes musulmans ainsi que marocains par les efforts considérables déployés pour concilier les prérogatives de la

---

<sup>559</sup> MILLIOT Louis, *L'introduction à l'étude du droit musulman*, Recueil Sirey, Paris, 1953, p. 397 ; COULIBALY Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits malien et sénégalais*, thèse, droit, Grenoble, 2015, p. 19.

religion avec la réalité sociale, en élaborant des complexes liens de droit entre individus, font la preuve de leur humanisme.

## **Partie 2. Une réforme supposant la recherche d'un large consensus sociétal**

Alors qu'en 2004 la réforme de la *Moudawana* était déjà perçue comme révolutionnaire, la question de la refonte de ce code se pose aujourd'hui, soit moins de vingt ans après son adoption, dans la société marocaine. La constitution adoptée en 2011 a modifié la vision de ce code qui semblait si novateur à l'époque de son adoption. Dans sa formulation, il semble désormais bien désuet, notamment par manque d'harmonisation avec le nouveau texte constitutionnel et les engagements internationaux du pays.

Dès lors, à bref ou moyen terme, inéluctablement, la nécessité de légiférer sur le droit de la famille s'impose aux responsables et la question se pose de savoir à qui doit incomber l'initiative de la future réforme ? Dans la société marocaine, où la religion constitue un facteur social dominant, le droit de la famille demeure étroitement lié à l'islam.

Aux yeux de nombre de citoyens, il constitue l'ultime expression identitaire d'un mode de vie qu'ils pensent attaqué par les sociétés occidentales, soupçonnées d'ourdir une conspiration pour détruire ses valeurs et son identité propre. Ce ressenti assigne les partisans d'une réforme au rôle de complices d'influences extérieures et contribue à une tension extrême entre réformateurs et conservateurs.

Dans ces conditions, une réforme apaisée ne peut se produire que si des instances religieuses apportent leur caution à la nécessité d'un changement, donnant ainsi à une partie majoritaire de l'opinion la garantie que la réforme à venir ne constituera pas une transgression. Elle doit donc comporter deux volets. L'un religieux afin de l'inscrire dans la continuité du droit musulman (**Chapitre 1**) et le second civil pour être démocratique (**Chapitre 2**).



## Chapitre 1. La nécessaire collaboration avec les institutions juridico-religieuses du pays

Inscrit dans une tradition religieuse, le droit de la famille au Maroc est un sujet épineux et toujours très sensible qui peut faire l'objet de récupérations politiques<sup>560</sup>. Les réformes successives ont bien essayé de faire évoluer ce *corpus* juridique résolument ancré dans la tradition, mais ces tentatives sont demeurées timides et superficielles, peu audacieuses

Malgré les aspirations d'une partie de la population, la capacité de résistance des milieux traditionalistes ne laisse ouverte qu'une alternative. Ce pourrait être, comme en 2004, une intervention du roi en qualité d'*Amir Al Mouminine* et Commandeur des Croyants (**Section 1**). Cependant pour ne pas se heurter aux mêmes difficultés que celles antérieurement rencontrées, il faudrait que les nouvelles dispositions apportent au juge une plus grande liberté dans l'application et l'interprétation des textes, et lui assignent en cela une fonction similaire à celle des premiers docteurs du droit musulman (**Section 2**).

### **Section 1. *Amir Al Mouminine*, acteur principal de l'*ijtihad***

L'institution de *Imarat Al Mouminine* remonte aux premiers temps de l'islam : le premier à avoir utilisé ce qualificatif fut *Omar Ibn Al Khattab*, comme il a été

---

<sup>560</sup> Voir *supra*.

rapporté par la tradition<sup>561</sup>, même si aucun écrit de l'époque n'en fait mention<sup>562</sup>. Cette appellation fut adoptée dans les traités par la suite, ce que rapportent les différentes versions du pacte signé avec les habitants de Jérusalem<sup>563</sup>. Cette distinction disparut à l'époque des ottomans et fut dès lors remplacée par le titre de Calife, sur lequel *Omar Ibn Al Khattab* avait formulé des réserves<sup>564</sup>.

Avec l'abolition de la fonction califale par Atatürk en 1924, le monde arabo-musulman abandonna l'usage de cette distinction pour assigner au chef d'État le statut de *Malik*<sup>565</sup>, afin de rompre avec l'État traditionnel, jusqu'à ce que la mention de roi, *Amir Al Mouminine* fasse son apparition dans le Maroc fraîchement indépendant lors de la mise en place de la constitution.

Lors de l'élaboration de la constitution en 1962, Allal El Fassi et Abdelkrim Khatib introduisirent le nom d'*Amir Al Mouminine*. Le monarque marocain de l'époque reçoit le droit, comme c'est le cas pour le monarque britannique, de porter un titre religieux hautement honorifique<sup>566</sup>. Mais cette institution ne prend progressivement de l'ampleur au point d'interférer avec la fonction institutionnelle du roi qu'à partir des années 1970, lorsque le pays connaît de grands mouvements étudiants.

Durant son règne, c'est en invoquant sa qualité d'*Amir Al Mouminine* que le roi Hassan II a pu faire pression sur les partis politiques et prendre des décisions allant au-delà des attributions strictes du roi, chef de l'État, usant de la menace

<sup>561</sup> <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/71280/الذي-أطلق-على-عمر-بن-الخطاب-أمير-المؤمنين>.

<sup>562</sup> **IMBERT** Frédéric, « L'islam des pierres : l'expression de la foi dans les graffitis arabes des premiers siècles », *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée*, juillet 2014, <https://journals.openedition.org/remmm/7067>.

<sup>563</sup> <https://www.cia.gov/library/abbottabad-compound>

<sup>564</sup> <https://www.islamweb.net/ar/fatwa/71280/الذي-أطلق-على-عمر-بن-الخطاب-أمير-المؤمنين>.

<sup>565</sup> Roi.

<sup>566</sup> **TOURABI** Abdellah, « institution commandeur des croyants », *Telquel*, Casablanca, 3 avril 2012, [Consulté le 19 octobre 2020].

d'excommunication qui pouvait frapper les députés frondeurs s'ils s'obstinaient à ne pas siéger au Parlement après la crise politique de 1981<sup>567</sup>.

On retrouve cette ambivalence en 1993, lors de la réforme de la *Moudawana*, que le roi devait entreprendre en sa qualité de « commandeur des croyants » afin d'apaiser toutes les parties qui prirent part au débat et qui l'entouraient<sup>568</sup>. C'est en invoquant cette fonction sacrée qu'il promulgua le nouveau texte du code de la famille, comme seul détenteur de l'*ijtihad* afin d'éviter toute récupération d'un éventuel mécontentement par les fractions islamistes et mettre fin aux débordements de ces derniers<sup>569</sup>. Ainsi le monarque use de ses attributions particulières chaque fois que cela est nécessaire pour toute question politique ayant une connotation religieuse.

C'est la même approche qui fut adoptée pour la réforme de 2004. Le Roi Mohammed VI a endossé à son tour le rôle d'*Amir Al Mouminine*, pour protéger le nouveau texte, après les débats virulents qui agitèrent la scène politique marocaine où d'aucuns accusèrent les réformateurs modernistes de vouloir initier la « création d'une société animale, licencieuse, athée, rejetant non seulement les textes du Coran, de la Sunna et de la Charia, mais aussi toute valeur morale et religieuse, mondiale au nom de la civilisation, de la modération et du progrès »<sup>570</sup>.

À la suite de ces deux réformes, il est manifeste que le rôle d'*Amir Al*

---

<sup>567</sup> **RACHIK** Hassan, « Chapitre 7 : légitimation et sacralité royale », *L'esprit du terrain : Études anthropologiques au Maroc*, Centre Jacques-Berque, Rabat, 2016, p. 129-161.

<sup>568</sup> « J'ai entendu et écouté tes plaintes au sujet de la *Moudawana* ou de son application [...] sache ma chère fille, femme marocaine, c'est moi qui porte la responsabilité de la *Moudawana* ou de son application. Réfère-toi à moi. Garde-toi de mêler ce qui est du domaine de ta religion à ce qui relève du temporel et de la politique [...] je réunirai un groupe d'oulémas à qui je demanderai de me préparer une réponse et de me faire des suggestions sur les points contenus dans vis rapports. Certaines propositions vous seront soumises et si les deux partis parviennent à se mettre d'accord [...] je prendrai alors la responsabilité qui m'incombent en tant que *Amir Al Mouminine* et en tant que père de famille, mais avant tout en tant que *Amir Al Mouminine* », *Discours du 41<sup>e</sup> anniversaire de la révolution du roi et du peuple*, 20 août 1992.

<sup>569</sup> **MURUGE** Bérénice, *op.cit.*

<sup>570</sup> **EL AYADI** Mohammed, *op.cit.*

*Mouminine* s'est accru, dépassant désormais le simple office de dignitaire religieux qui lui était originellement imparti. En se saisissant de sa légitimité comme descendant du prophète et de sa qualité d'*Amir Al Mouminine*, de la compétence exclusive dans la faculté d'exercer *l'ijtihad*, source du droit musulman, il a renoué avec la tradition usitée dans la société islamique afin de répondre aux questions actuelles dont les réponses ne se trouvent explicitement ni dans le Coran ni dans la Sunna.

Les premières traces de l'utilisation de *l'ijtihad* par l'*Amir Al Mouminine* se retrouvent à l'époque du deuxième Calife de l'islam *Omar Ibn Al Khattab*. En matière familiale le Calife Omar rattacha les enfants adultérins à leur père alors que la plupart des *oulémas* refusaient cette démarche sur la base d'un *hadith* prophétique<sup>571</sup>. Le Calife a en effet réinterprété le texte afin de faire prévaloir sa perception de l'intérêt général et celui de l'enfant<sup>572</sup>.

Cette démarche trouve sa légitimité dans l'importance de *l'ijtihad* dans le droit classique. Sa pratique devait s'imposer, comme il l'a été rapporté, quand les prédicateurs musulmans ont commencé à s'éloigner de Médine, centre politique et juridique de l'époque, comme le démontre cette conversation entre le prophète Mohammed et *Mu'adh Ibn Jabal*<sup>573</sup> : « [...] comment jugeras-tu quand le moment de rendre un jugement se présentera devant toi [...] je me réfère à la Sunna. Et si la solution ne se trouve ni dans le Coran ni dans la Sunna ? Alors je vais faire preuve de bon sens. Alors le messenger d'Allah répondit : « Merci à Dieu qui a guidé le messenger de son messenger à une solution qui a plu à son messenger »<sup>574</sup>. Cette conversation montre que par nature le droit musulman tend à s'adapter aux situations nouvelles qui

---

<sup>571</sup> « L'enfant a droit au lit conjugal, le fornicateur (le père) n'a droit qu'à la pierre (la honte) ».

<sup>572</sup> ALRAHWAN Muhammad Said Mitwali, *op.cit*, p. 15-17.

<sup>573</sup> Un des compagnons du prophète était encore un jeune garçon lorsque le prophète de l'islam Mohammed commença à répandre le message de l'islam. Il était originaire de Médine et y resta la plupart du temps avec ce dernier.

<sup>574</sup> IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Aqdiya* (livre des jugements) : *hadith* n° 3592 », *Les Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

se présentent à lui.

En matière familiale, l'abandon du système patriarcal dans l'organisation sociale et les nouveaux outils scientifiques d'établissement de la filiation créent une situation où le droit musulman traditionnel est frappé d'obsolescence non pas dans ses principes humanistes et de souci de justice, mais dans les solutions dégagées dans un contexte historiquement dépassé et reposant sur des connaissances limitées. Afin de trouver des solutions modernes conformes aux aspirations du plus grand nombre, il convient donc de formuler des dispositions adaptées à la société actuelle en faisant jouer *l'ijtihad*.

*L'ijtihad* trouve sa base dans la tradition islamique la plus ancienne, ce qui explique son existence à quelques différences près tant chez les sunnites que chez les chiites. Il émane de l'autorité religieuse suprême, à savoir le monarque chez les sunnites et le *Ayattu Allah* chez les chiites.

Au Maroc on distingue trois degrés *d'ijtihad*, celui du monarque en sa qualité *d'Amir Al Mouminine*, celui des *oulémas* sous la supervision *d'Amir al Mouminine*<sup>575</sup> et enfin celui des juges ou *cadis* encouragés par le Code de la famille en respectant bien sûr le droit musulman et le rite malékite<sup>576</sup>. Ainsi le monarque *moujtahid* peut aller parfois à l'encontre de la compréhension habituelle des textes et les interpréter audacieusement.

Le monarque, se fondant sur le concept du moindre mal, répond aux questions modernes qui se présentent à lui. Il est possible de prendre exemple sur l'Iran où l'homosexualité est certes interdite mais où la transidentité est reconnue, voire les opérations de transition de genre légalisées. Ainsi Khomeini a invoqué l'absence d'un

---

<sup>575</sup> TOURABI Abdellah, *op.cit.*

<sup>576</sup> Article 400 du Code de la famille : « Pour tout ce qui n'a pas été expressément énoncé dans le présent Code, il y a lieu de se référer aux prescriptions du Rite Malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (Ijtihad), aux fins de donner leur expression concrète aux valeurs de justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune, que prône l'Islam ».

tel interdit dans le Coran, ayant recours par la même occasion à la règle islamique selon laquelle « les nécessités rendent légaux les interdits »<sup>577</sup>, reconnaissant par la même occasion le droit d'existence à une catégorie de personne marginalisée et persécutée dans la plupart des pays de la région<sup>578</sup>.

Au Maroc le pouvoir d'interprétation suprême appartient ainsi au monarque. Il bénéficie dans l'exercice de ce mandat particulier d'une double légitimité, celle qu'il tient de la tradition, mais aussi de la source moderne de droit que constitue le vote populaire de la constitution, puisqu'elle lui confère explicitement la dignité d'*Amir Al Mouminine* et entérine sa fonction religieuse par un article spécifique<sup>579</sup>.

Compte tenu du poids des divers courants politiques et idéologiques au Maroc, le roi Hassan II lors de la réforme de 1992 était resté relativement timoré dans son effort d'*ijtihad*, ayant invoqué sa qualité d'*Amir al Mouminine* pour mettre fin aux tensions que connaissait la société marocaine<sup>580</sup>. Il n'était cependant pas allé au bout de ce que l'*imarat al Mouminine* permet au souverain. S'il en avait décidé ainsi, il aurait pu désacraliser le droit de la famille et mettre fin à la confusion entre islam et *Moudawana* dont les effets préjudiciables se perpétuent encore dans la société

---

<sup>577</sup> « *Al darorat tohilo l moharamt* ».

<sup>578</sup> AZADI Bahar, « S'approprier son genre entre pathologie et résistance. La transidentité après la Révolution islamique en Iran », *Les cahiers du CEDREF*, 2020, n° 24, p. 221-241 [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>579</sup> Article 43 de la constitution de 2011 : « La Couronne du Maroc et ses droits constitutionnels sont héréditaires et se transmettent de père en fils aux descendants mâles en ligne directe et par ordre de primogéniture de SA MAJESTÉ LE ROI MOHAMMED VI, à moins que le Roi ne désigne, de Son vivant, un successeur parmi Ses fils, autre que Son fils aîné. Lorsqu'il n'y a pas de descendants mâles en ligne directe, la succession au Trône est dévolue à la ligne collatérale mâle la plus proche et dans les mêmes conditions ».

<sup>580</sup> « La contre-offensive des islamistes et des oulémas n'a pas tardé à venir [...] ils dénonçaient ce qu'ils considéraient comme une forme d'hérésie et appelaient au djihad contre « ces gauchistes », qu'ils qualifiaient de « complicité avec les ennemis des arabes et de l'islam », **ACTION POSITIVE POUR LES DROITS DE CITOYENNETE DES FEMMES ET L'EGALITE DES CHANCES AU MAGHREB**, *Réforme de la Moudawana au Maroc*, Revue de presse, Centre de documentation IMED, Rome, 2004, p. 2 [Consulté le 21 octobre 2020].

actuelle<sup>581</sup>.

Sous la pression des courants islamistes et des *oulémas*, le roi plutôt que d'agir personnellement et d'apparaître comme source de *l'ijtihad*, l'avait délégué en rappelant que toute décision devait être prise conformément au *fiqh* et à la *charia* islamique et que le débat devait avoir lieu loin de la politique dans le but de sauvegarder l'équilibre social. Il eut ces mots : « Vos doléances sont là, et nous ne pouvons ni interdire ce que Dieu a permis ni rendre licite ce qu'il a proscrit [...] »<sup>582</sup>. *Amir Al Mouminine* transférait de la sorte ses prérogatives d'interprétation à l'ensemble des *oulémas* naturellement frileux en matière religieuse.

Cela explique le semi-échec de cette réforme et sa dimension inachevée en matière de droit de la femme, car malgré un nouveau texte engageant à s'extraire du simple référentiel malékite traditionnel pour trouver des solutions aux questions familiales, il n'entamait pas le fonds des règles de droit et leur rigueur. Le semblant d'interventionnisme judiciaire introduit dans le texte ne devait rien changer à la condition de la femme en matière de polygamie, de successions et de mariage<sup>583</sup>.

C'est un scénario très similaire qui se répéta, avec la réforme de 2004. Le premier pas vers la désacralisation, effectué dans le droit de la famille en 1993 a permis d'ouvrir à nouveau le débat. A la suite des attentats qui ont frappé le Maroc en 2004, un projet de loi visant à laïciser le droit de la famille fut porté par le roi auprès des deux chambres parlementaires dans le but de répondre aux questions restées en suspens depuis 1993.

Mais encore une fois l'effort de *l'ijtihad* n'a pas eu l'effet attendu, car comme en 1993, le roi reprit les paroles de son père : « Je ne peux, en ma qualité d'*Amir Al*

---

<sup>581</sup> EL HAJJAMI Aicha, *op.cit.*

<sup>582</sup> ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz *et alii*, *op.cit.*, p. 34 [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>583</sup> *Ibid.*

*Mouminine*, autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très-Haut a autorisé »<sup>584</sup>, pour justifier l'application limitée qu'il comptait faire de *l'ijtihad*. Même si des dispositions plus novatrices furent prises afin de laïciser davantage le droit la famille en imposant par exemple la mixité au sein de la commission chargée d'élaborer le nouveau texte<sup>585</sup> ou sa soumission aux deux chambres en vue de le voter<sup>586</sup>.

Par ailleurs, le rôle qu'endosse le monarque afin de soutenir la réforme du droit de la famille découle de son statut qui le désigne comme un interprète privilégié de la volonté divine ainsi que le souligne Mohammed Tozy : « Le roi-sultan, dans sa quête de légitimité religieuse, réécrit et aseptise, combine avec un certain savoir-faire les registres hagiographiques, juridiques et théologiques. Cela dans deux directions (affaiblissement des clercs et entretien du pluralisme religieux) et doctrinale (monopolisation de l'interprétation de la religion et sacralisation de la personne du descendant du prophète) »<sup>587</sup>. Ainsi *l'ijtihad* apparaît dans un certain nombre décisions prises ces dernières années comme pour des femmes *adouls*, profession qui jusque-là était exclusivement masculine.

*L'ijtihad* a permis de désacraliser le métier *d'adoul*. Comme l'explique Amina El Krimi une des premières femmes *adouls* au Maroc : « la plupart des gens ont peur de changer leurs habitudes [...], mais quand on gratte dans la Charia, on découvre que d'autres pratiques sont possibles et des portes s'ouvrent »<sup>588</sup>. Cette décision de féminiser le corps des notaires islamiques découle avant tout d'une interprétation coranique propre au monarque. Contrairement au témoignage qui est régularisé dans

---

<sup>584</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2<sup>e</sup> année législative de la 7<sup>e</sup> législature en date du 10 octobre 2003.

<sup>585</sup> **Action positive pour les droits de citoyenneté des femmes et l'égalité des chances au Maghreb**, *op.cit*, p. 6 [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>586</sup> **TOBICH** Faiza, *op.cit*, p. 77.

<sup>587</sup> **TOZY** Mohamed, *Monarchie et islam politique au Maroc*, Presses de Sciences Po, 1999, p. 20.

<sup>588</sup> **OLLIVIER** Théa, « Amina El Krimi, marocaine, future notaire en droit islamique », *Libération*, 26 juin 2019 [Consulté le 22 octobre 2020].



les textes religieux<sup>589</sup>, la rédaction des contrats quant à elle n'est soumise à aucun impératif et par conséquent toute personne dotée des pouvoirs publics peut en dresser<sup>590</sup>.

Ainsi *l'ijtihad* peut servir à étendre la fonction d'un texte coranique ou l'interpréter. Cette démarche est justifiée par l'intérêt général. Malgré les revendications de la société civile, et les petites avancées que les réformes ont pu accomplir, les revendications de base n'ont pas été satisfaites. Ainsi sur des questions telles que la polygamie et les successions, la réforme n'a pas su mettre un terme aux pratiques clandestines, voire même a contribué à assurer leur maintien ou à les renforcer.

Le rôle du monarque en sa qualité de *moujtahid* consiste à trouver les arrangements et à recourir au *hiyal*, afin de répondre à des besoins sociaux que le pays ressent depuis son accession à l'indépendance, comme en font état les revendications formulées à l'époque du roi Mohammed V par *Akhawat Assafaa* en 1947<sup>591</sup>. L'égalité entre la femme et l'homme a pu être approchée, notamment grâce à l'adoption du principe d'égalité dans la constitution de 2011<sup>592</sup>, mais elle n'est pas encore légalement affirmée ni réalisée à tous points de vue.

Cependant, l'approfondissement de la tradition islamique de l'État dans lequel la religion demeure un socle déterminant dans la mise en place des commandements juridiques, sur la base d'un référentiel qui valorise le travail que l'Islam a pu accomplir en matière d'émancipation de la femme<sup>593</sup>, peut permettre d'aller plus loin et de

---

<sup>589</sup> Le Coran évoque bien le témoignage mais chaque école essaie ensuite de l'adapter selon ses besoins.

<sup>590</sup> OLLIVIER Théa, *op.cit.*

<sup>591</sup> ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz *et alii*, *op.cit.*, p. 34 [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>592</sup> Titre II, article 19.

<sup>593</sup> EL TIBI Zeina, « La place de la femme dans l'islam », *Société, Droit et Religion*, n° 4, 2014, p. 59-64.

s'inscrire en rupture avec des siècles de lecture restrictive et de *taqlid* qui ont transformé les textes fondateurs en vecteur d'inégalité entre femme et homme<sup>594</sup>. Pour progresser dans l'élaboration d'un droit moderne, le monarque ou la commission *d'oulémas* qui agit sous son autorité doit donc dépoussiérer le *fiqh* pour trouver des solutions à des problèmes actuels grâce à une relecture créatrice.

- Les droits de la femme

Les points que l'*ijtihad* doit traiter sont souvent les mêmes depuis la première réforme. L'un des points problématiques qui revient avec insistance est la polygamie. Elle est consacrée par le texte coranique dans les versets 3 et 129 de la sourate *Al-Nisa*. À première vue, le Coran consacre la polygamie en l'élevant au rang de devoir envers les orphelines mais en réalité, c'est le silence des pro-polygamie sur la totalité du texte et des réserves qu'il contient, qui consacre la possibilité de cette pratique.

Ainsi les pro-polygamie invoquent souvent la polygamie comme un droit divin donné à l'homme par le biais du Coran en récitant la première partie du verset 3 : « [...] Épousez, comme il vous plaira, deux, trois ou quatre femmes [...] »<sup>595</sup>, omettant par la même occasion le début et la suite du verset à savoir le cas des orphelines et la question d'équité dans leur traitement.

La mission de l'*ijtihad* peut être la relecture du texte à la lumière de la situation sociale qui émerge dans ses considérations. Comme cela est souvent répété, le texte coranique est valable pour toutes les époques, mais ce qui a profondément changé ce sont les priorités des hommes : la question sociale et l'équité entre les sexes étant une réalité nouvelle de l'époque actuelle justifiant la prise en compte avec plus d'attention d'éléments du texte qui n'étaient pas tenus pour majeurs dans le passé.

En se penchant sur le texte dans son ensemble on remarque que le Coran avait

---

<sup>594</sup> MINCES Juliette, *op.cit.*

<sup>595</sup> MASSON Denise, « Versets 11 et 12, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

établi un lien de causalité entre l'existence d'orphelines et la possibilité de mariage polygame, et que cette pratique était tolérée, à première vue, afin de sauvegarder les biens de l'enfant de toute pratique frauduleuse de la part du tuteur qui rappelons-le, à l'époque, ne connaissait pas de cadre juridique ou de surveillance morale, d'où la limitation du nombre d'unions permises par l'islam. La suite du verset s'inscrit aussi dans cette démarche d'équité et de sa recherche, mettant l'accent sur l'impossibilité d'équité entre les coépouses, quels que soient leurs nombres<sup>596</sup>.

L'inquiétude à propos de la possible iniquité de traitement de plusieurs épouses est envisagée par le texte coranique met l'accent en ces termes : « Vous ne pouvez être parfaitement équitables à l'égard de chacune de vos femmes, même si vous en avez le désir, ne soyez donc pas trop partiaux et ne laissez pas l'une d'entre elles comme en suspens »<sup>597</sup>. Le terme « suspens » peut être perçu comme une invitation au divorce si l'époux polygame est incapable de subvenir aux besoins de sa famille nombreuse.

En se penchant de plus près sur les deux versets, avec un regard de son temps, le *moujtahid* peut y déceler un effort à l'égard des femmes démunies de l'époque. Le Coran pose une limite contraignante à la polygamie, en décrivant ce qu'il advenait avant l'islam et en condamnant la pratique qui permettait aux seigneurs et nantis de l'époque de montrer leurs puissance et richesse en prenant deux, trois ou quatre femmes en même temps, et permettait donc aux tuteurs d'absorber le patrimoine de leurs pupilles en toute impunité.

À partir de là, il est possible de souligner la similitude avec laquelle sont traitées la gestion du patrimoine des orphelines et la polygamie : le texte coranique considère que dans les deux cas il y a une possible spoliation contre laquelle il met en garde. Le Coran adopte une démarche de nature pédagogique vis-à-vis des croyants en leur rappelant l'impossibilité d'équité en cas de polygamie, en les incitant, donc, à

---

<sup>596</sup> MASSON Denise, « Verset 3, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>597</sup> MASSON Denise, « Verset 129, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

évoluer vers la monogamie<sup>598</sup>.

Sur ces bases, le *moujtahid* a la possibilité de désacraliser la polygamie. En inscrivant la polygamie dans le droit classique, les anciens docteurs du *fiqh* ont bédouinisé le contenu coranique<sup>599</sup>, pour l'adapter à une réalité propre à la société de leur temps comme le confirme, par ailleurs, le *hadith* rapporté par *Ibn Makhrama* : « [...] Les *Bani Hachim ibn Moughira* m'ont demandé la permission de faire épouser leur fille à *Ali ibn Abi Talib* mais je ne l'autorise pas [...] Sauf si *Ali ibn Abi Talib* veut divorcer de ma fille [...], car elle est une partie de moi, et ce qui la trouble me trouble, et ce qui lui fait mal me fait mal »<sup>600</sup>.

La raison de l'interdiction souvent avancée par les exégètes est le fait que les parties demanderesses sont des ennemies du Prophète<sup>601</sup>. Cependant, l'un des principes fréquemment invoqués par le Coran est que personne ne doit être tenu pour responsable des crimes de ses proches parents<sup>602</sup>. Ainsi, pourrait se dégager de ce *hadith* l'idée que le prophète est allé à l'encontre du Coran, en interdisant ce qui est permis par ce dernier, et aurait donc par la même occasion agi à l'encontre des directives divines.

On peut aujourd'hui reconsidérer la raison de cette interdiction en relevant que le *hadith* est formulé sous forme de constat : « [...] ce qui la trouble me trouble, et ce qui lui fait mal me fait mal ». Il met l'accent sur le trouble et le préjudice que la polygamie cause au couple. La réponse du prophète à l'égard de la polygamie est

---

<sup>598</sup> **AI AJAMI** Moreno, « La polygamie selon le Coran et en Islam », *Que dit vraiment le Coran*, 2018 [Consulté le 24 octobre 2020].

<sup>599</sup> *Ibid.*

<sup>600</sup> **AL BUKHARI** Mohammed, « *Kitab Al-Nikah* (livre du mariage) : *hadith* n° 5230 », *Le Sahih* (d'Al Bukhari) [Consulté le 25 octobre 2020].

<sup>601</sup> **AL ASQALANI** Ibn Hajar, « *Kitab Al-Nikah* (livre du mariage) », *Al Fath'ul Bari*, tome 11, p. 679-683 [Consulté le 25 octobre 2020].

<sup>602</sup> « Nul Homme ne portera le fardeau d'un autre... ». **MASSON** Denise, « Verset 18, Sourate XXXV (Le Créateur) », *Saint Coran*, Gallimard.

venue ici amplifier la condamnation morale de cette pratique.

Il est donc loisible d'argumenter que l'Islam n'est pas venu pour élever la polygamie au rang de norme sacrée mais pour lui donner ce statut d'*Abgad al halal*<sup>603</sup>. Le législateur *moujtahid* a donc la possibilité de prendre en considération cette option dans le traitement de la polygamie, et d'en tirer comme conclusion que la polygamie encore en vigueur aujourd'hui au Maroc ou ailleurs est une pratique sociale détestable qui se maintient sous couvert de religion. Même dans les rangs des conservateurs, des voix éminentes se sont élevées pour la dénoncer vigoureusement.

Allal Al fassi, dans son *Autocritique*, ne s'attaque pas à l'institution de la polygamie en tant que telle, mais à sa place au sein du Maroc indépendant qui aspire à la modernité. Pour l'auteur, elle n'a plus sa place dans la société du moment que l'échelle des valeurs a changé dans l'ensemble du monde et au Maroc comme partout ailleurs. C'est cette même échelle universelle qui doit permettre de jauger telle ou telle valeur dans sa pertinence tant pour hier et que pour aujourd'hui.

Pour lui, l'État a l'exigeante obligation de protéger la famille. Ainsi l'interdiction de la polygamie, de son point de vue, est partie intégrante des dispositions que l'État doit prendre, au même titre que celles qu'il met en place dans le but de garantir l'égalité de base au sein de la société comme l'accès aux soins ou à l'enseignement universel. Ainsi qu'il l'explique lui-même : « [...] le délaissement de l'enseignement ou le nonaccès aux soins n'était pas perçu comme une injustice sociale, alors qu'aujourd'hui l'État est obligé de l'assurer afin de garantir une forme d'équité sociale [...] »<sup>604</sup>.

L'universalité de l'islam conduit Allal El Fassi à prendre comme exemple des musulmans d'autres pays qui ont abandonné la polygamie. De son point de vue, l'abandon de la polygamie ne porte en rien préjudice à l'islam ni ne viole des

---

<sup>603</sup> Le licite détestable.

<sup>604</sup> EL-FASSI Allal, *op.cit*, 1956, p. 277.

prescriptions divines dans la mesure où la polygamie telle qu'elle était en usage au Maroc relevait davantage de la coutume que de l'objectif prescrit, à savoir la préservation des droits des orphelines<sup>605</sup>.

Ce caractère coutumier de la polygamie devient évident lorsqu'on constate qu'à Chinguetti<sup>606</sup>, région où se pratique un droit malékite fondé sur une très ancienne jurisprudence, la condition de monogamie lors de la conclusion des contrats de mariage est depuis très longtemps présente<sup>607</sup>. Cette pratique à elle seule démontre qu'il y a une forme de contingence dans la polygamie et sa nature profane, ce qui autorise le *moujtahid* à la proscrire sans pour autant toucher à la dimension sacrée du mariage tel que le conçoit l'islam<sup>608</sup>. Son maintien tient donc davantage à la recherche d'un équilibre politique et social dépendant des courants qui influencent l'opinion publique que du strict respect d'une norme imprescriptible.

Une autre question est récurrente dans le débat public : elle vise les dispositions légales qui organisent les successions qui sont délibérément discriminantes entre l'homme et la femme : cela se vérifie en cas de partage de la succession entre les enfants du *de cuius*, ou encore lorsque le bénéficiaire est un autre membre de la famille. Il est en effet possible dans de telles hypothèses que des femmes héritent à égalité avec les hommes, voire éventuellement qu'elles reçoivent une part de succession plus importante<sup>609</sup>.

Dans le cas des enfants, deux questions ont récemment été sujettes à débat : la quote-part et le *tassib*<sup>610</sup>. Pour ce qui est de l'égalité de traitement des enfants de la

---

<sup>605</sup> *Ibid.*

<sup>606</sup> Ville du centre-ouest de la Mauritanie, située sur les plateaux désertiques de l'Adrar.

<sup>607</sup> La même idée, introduite au Maroc dans le Code de la famille de 2004, est demeurée sans grande efficacité.

<sup>608</sup> EL-FASSI Allal, *op.cit.*, p. 277.

<sup>609</sup> MASSON Denise, « Versets 11-12, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard

<sup>610</sup> TOZY Mohamed, « La difficile réforme des règles de l'héritage en islam », *Jeune Afrique*, 17 mai 2018 [Consulté le 27 octobre 2020].

personne décédée, le *moujtahid* doit avant tout remettre les textes coraniques dans leur contexte et comparer la situation contemporaine des Marocains avec celle des musulmans d'Arabie et au Maroc dans un lointain passé.

Dans une société dont la culture est liée à la terre, l'attribution du bien foncier est d'une importance considérable pour l'ensemble du groupe familial. Elle prime sur la considération que l'on porte à la situation de la femme<sup>611</sup>. Face à un contexte social totalement différent, le législateur peut alors chercher avant tout à se référer à l'esprit du Coran, en s'appuyant sur *asbab a' nuz'ul*<sup>612</sup>. Procédant ainsi, il évite tout dogmatisme et stagnation du droit musulman durant des siècles.

Le but premier de la révélation coranique est manifestement d'apporter des réponses graduelles afin de faire évoluer les convictions profondément patriarcales de l'époque. Comme le montre bien le verset suivant : « Vous qui croyez, il n'est pas pour vous licite d'hériter des femmes contre leur gré ou de leur soulever des difficultés pour leur ravir ce que vous leur avez donné »<sup>613</sup>. Les versets relatifs aux successions situés dans la même sourate font partie d'un ensemble, dont l'intention manifeste est d'apporter plus de garanties aux femmes. Il apparaît donc que la lecture littérale et manichéenne qui néglige toute interrogation sur l'intention est devenue le moyen de justifier une domination masculine qui était alors la norme<sup>614</sup>.

Pour mettre le droit des successions musulman en concordance avec les principes contemporains tels qu'ils sont énoncés dans la constitution elle-même, le législateur doit considérer l'évolution de la situation de la femme au sein de la famille, tout en prenant en compte la reconnaissance de l'indépendance financière dont elle jouit en islam.

---

<sup>611</sup> Le cas des femmes *Sulalyat* au Maroc. Voir *supra*.

<sup>612</sup> Les causes de la révélation.

<sup>613</sup> MASSON Denise, « Verset 19, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard

<sup>614</sup> MESSAOUDI Karima, « Une moitié en héritage », *La Pensée*, n° 383, 2015, p. 41-46 [Consulté le 27 octobre 2020].

La quote-part coranique a été avant tout justifiée par le rôle traditionnel attribué à l'époux au sein de la famille. En matière de gestion domestique, la *nafaqa*<sup>615</sup> est du devoir du mari seul, l'épouse n'est en aucune manière tenue d'y participer. Ce principe de la *nafaqa* était utilisé comme argument pour justifier les règles de successions énoncées par le verset coranique. Ce souci d'apporter une justification témoignant tout de même d'une forme d'interrogation sur ce point.

Les *oulémas*, cependant, demeurent prisonniers de l'interprétation linéaire qui postule que l'argent est synonyme de pouvoir et octroie conséquemment davantage de droits aux hommes comme le remarque Moreno Al Ajmi : « [...] C'est ainsi que les hommes assujettissent les femmes, partout au nom de la tradition ou au nom de la religion [...] »<sup>616</sup>. Les *oulémas* marocains ne font pas exception en interprétant le concept de *qiwama*<sup>617</sup>, selon le principe de supériorité masculine, antérieur à l'arrivée de l'islam ou toute autre religion. Comme le note Asma Lamrabet : « Ces interprétations n'ont jamais fait l'objet d'une étude contextualisée encore moins d'une étude critique et c'est ainsi qu'elles sont restées de ce fait, et jusqu'à de nos jours, consignées sous forme de « vérités absolues »<sup>618</sup>.

Le législateur dès lors est tenu de revoir les textes qu'il a rédigés à la lumière des évolutions socioculturelles que subit le pays, en ayant toujours en tête que le Coran dans certains cas se donne pour but d'apporter des solutions à des problèmes concrets. Il a fait avancer les principes d'équité et de justice dans une communauté nouvellement construite avec son lot d'héritages culturels bédouin et patriarcal, ce qui soulève un second problème, celui du *Tassib*.

---

<sup>615</sup> L'entretien de la maison.

<sup>616</sup> **AI AJAMI** Moreno, « L'héritage de la femme selon le Coran et en Islam », *Que dit vraiment le Coran*, 2018 [Consulté le 27 octobre 2020].

<sup>617</sup> Voir *Supra*.

<sup>618</sup> **LAMRABET** Asma, *L'héritage : relecture des versets*, <http://www.asma-lamrabet.com/articles/l-heritage-relcture-des-versets/> [Consulté le 28 octobre 2020].



Le *Tassib* consiste à ce qu'après dévolution des parts de succession, en cas d'absence d'héritier mâle en ligne directe, le parent masculin le plus proche hérite du reliquat. Cette règle de succession tire sa légitimité du *fiqh* et de l'interprétation coranique plus que du texte lui-même. Elle est justifiée avant tout par la responsabilité qu'avaient les bénéficiaires du patrimoine dans la famille tribale qui leur conférait le statut de protecteur familial. Mais avec les changements que connaissent la famille et la société, ces rapports sociaux sont devenus caducs depuis longtemps. Par conséquent l'existence de cette pratique perd toute justification. Ainsi, deux voies s'ouvrent au législateur : soit sa suppression, soit sa simple réforme et atténuation.

La suppression de ce mécanisme inspire déjà le droit des successions chiite qui, selon son interprétation des textes, suit le principe selon lequel *al aqrab tuma al aqrab* »<sup>619</sup>, c'est-à-dire qu'en plus de sa part coranique et après partage de la succession, la fille du défunt tout comme le garçon recueille le reste de la succession en évinçant par la même occasion les autres proches parents. Pour les chiites, du fait que le texte coranique n'a pas mentionné explicitement le *tassib*, celui-ci n'a pas lieu d'être<sup>620</sup>.

La simple réforme de ce régime par le recours à d'autres règles successorales du droit classique afin de l'atténuer peut aussi être envisagée. La perception de la structure familiale marocaine reste encore paradoxalement marquée par le tribalisme. De plus, la pensée juridique islamique tend à la réforme graduelle et la préfère au changement brutal. Ainsi, la suppression de cette pratique, plutôt que d'être totale, mais plutôt délaissée au profit du *hajib* ou du *radd*'.

Le *hajib* consiste à privilégier un proche parent plutôt qu'un autre. Il existe déjà des cas où une femme peut évincer une partie masculine de la succession : par exemple lorsqu'une sœur est en présence d'un neveu, le neveu est évincé au profit de la sœur qui hérite de la moitié de la succession. Ainsi il apparaît que l'existence de

---

<sup>619</sup> Le plus proche avant le proche.

<sup>620</sup> STEGMANN Ricarda, SCHNEUWLY BRUGGER Mallory, *op.cit*, p. 23.

profondes variations dans les arbitrages issus de la tradition ouvre la possibilité à *l'ijtihad* de formuler de nouvelles règles en matière d'héritage.

Le *tassib* est avant tout un effort d'interprétation comme l'explique le commentaire accompagnant le *hadith* : « donnez à chacun sa part d'héritage, ce qui reste sera donné aux plus proches parents mâles »<sup>621</sup>, car pour certains docteurs de droit, la fin de le *hadith* se réfère à un usage existant avant l'islam où l'enjeu tribal et la parenté primaient dans la détermination des droits de succession<sup>622</sup>. À partir de cette exégèse, il est possible de conclure que la règle du *tassib* n'a rien de sacré, elle apparaît plutôt comme le fruit de son époque et de sa culture, que tout *moujtahid* peut revoir et faire évoluer en se pliant à la même obligation de prendre en compte le contexte sociétal.

La deuxième piste de réforme que le législateur peut explorer est le *radd'*. Déjà présente dans l'article 349 du Code de la famille<sup>623</sup>, pratique peut être étendue aux héritières au même titre que les héritiers mâles. Cette disposition permet de ne recourir au *tassib* qu'en dernier lieu, après épuisement de toutes les voies possibles<sup>624</sup>.

L'ensemble de ces considérations ouvre un champ fertile pour une réforme du système successoral au Maroc. Fidèle aux valeurs islamiques rappelées dans la constitution et tout autant aux principes d'équité posés par le même texte, le partage suggéré à l'époque prophétique se justifiait par la situation de la femme et la recherche

---

<sup>621</sup> **IBN AL HAJJAJ AL QUCHARI AN NISABURI** Abu al Husayn Muslim, « *Kitab Al-Farid* (livre des successions) : *Hadith* n° 1615 », *Le Sahih* (Muslim) [Consulté le 25 octobre 2020].

<sup>622</sup> **BEN ACHOUR** Mohamed Tahar, *Tafsir al Tahrir wa Tanwir* (Exégèse de la libération et de l'illumination), tome 4, p. 256 [Consulté le 29 octobre 2020].

<sup>623</sup> Article 349 alinéa 6 : « Le trésor public à défaut d'héritier. Dans ce cas, l'autorité chargée des domaines de l'État recueille l'héritage. Toutefois, s'il existe un seul héritier à *fardh*, le reste de la succession lui revient, en cas de pluralité d'héritiers à *fardh* et que leurs parts n'épuisent pas l'ensemble de la succession, le reste leur revient selon la part de chacun dans la succession ».

<sup>624</sup> **HAROUSS** Hafid, « Min Ilgaa tassib ila' tadilih (de l'annulation du tassib à sa réforme) », Centre Diaya pour les recherches et les séminaires, <https://www.diae.events/postid=10261> [Consulté le 30 octobre 2020].

de l'équité dans le cadre de l'Arabie où des hommes entendaient pour la première fois le message coranique.

Ce principe d'équité y apparaît comme central dans le message intemporel de l'Islam, c'est lui qui impose les dispositions nouvelles et pratiques adaptées à une situation sociale contingente du moment historique. Ainsi l'analyse textuelle de ses versets doit laisser place à une lecture plus humaniste, juste et transcendante. Dans un Maroc où la femme et l'homme sont égaux en dignité, où la valeur économique et sociale ne dépend plus du sexe, il n'est plus possible de laisser place à une captation de succession au nom de la religion qui se trouve instrumentalisée, servant à justifier l'injustifiable<sup>625</sup>.

Ainsi en usant de son *ijtihad*, le législateur a la capacité de réparer les torts qui peuvent être causés aux femmes au nom de la tradition socioculturelle, tout en inscrivant sa démarche réformatrice dans la volonté humaniste qui animait les textes coraniques. Certes il doit agir avec prudence, mais doit aussi faire preuve de détermination. Toute justice n'est pas équitable et toute équité n'est pas juste<sup>626</sup>.

- La filiation

Enfin *l'ijtihad* peut être appliqué pour la reconnaissance de paternité, qui se heurte à deux problèmes majeurs : d'une part le conservatisme des juges et, d'autre part, le manque d'autorité des preuves scientifiques face aux modes de preuves classiques comme le lit conjugal, la reconnaissance et le rattachement au père, sachant bien qu'en toutes circonstances le *fiqh* fait prévaloir le père légal plutôt que le père biologique.

En 2019, le ministère de l'Intérieur a publié une circulaire qui permet la

---

<sup>625</sup> AI AJAMI Moreno, *op.cit* ; LAMRABET Asma, *op.cit*.

<sup>626</sup> HACHIM Mouna, « Réforme de l'héritage en Islam : Quand le mieux se veut ennemi du bien », *L'Economiste*, n° 2685, 3 janvier 2008 [Consulté le 30 octobre 2020].

reconnaissance de l'enfant né hors contrat de mariage. Cette démarche a désormais pour effet de faciliter l'accès de l'enfant à ses droits les plus basiques et, surtout, d'être inscrit dans le livret de famille dans le cas d'un mariage déjà célébré (mais non enregistré) permettant la possession d'un livret de famille pour le père<sup>627</sup>. Elle permet la reconnaissance d'enfants nés sans possibilité d'établissement d'un contrat de mariage au préalable<sup>628</sup> pour non-conformité aux clauses mentionnées dans l'article 16 du Code de la famille.

Même si cette circulaire initie un assouplissement dans un système de reconnaissance de paternité jusque-là assez rigide, elle souffre d'un déficit de portée juridique. Elle s'impose à l'administration mais laisse aux juges une grande liberté d'appréciation. Le législateur doit donc faire preuve *d'ijtihad* afin de rendre plus facile la reconnaissance de paternité et préserver les droits de l'enfant, en veillant à s'inscrire dans le respect des préceptes islamiques.

Si le mode de preuve initial pris en compte par le *fiqh* est le lit conjugal, cela s'explique par la vertu collective attribuée à la pudeur familiale et à la volonté de préserver l'harmonie sociale à tout prix. Les Hanéfites vont plus loin en établissant la paternité par la simple existence de l'acte de mariage. En dehors du mariage aucune reconnaissance n'est possible, ce que confirme un célèbre *hadith*<sup>629</sup>. Cette démarche s'explique par le blâme moral considérable que l'islam inflige au parent qui agit en dehors du cadre juridique imposé à toute relation sexuelle, même si par ailleurs il prévoit la *kafala* comme système de protection sociale de l'enfant pour faire face à toutes les situations.

---

<sup>627</sup> Article 23 du dahir n° 1-02-239 du 25 *reheb* 1423 (3 octobre 2002) portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil : « [...] Ce livret est délivré à l'époux marocain inscrit à l'état civil [...] après mention de son acte de mariage ou du document attestant son mariage sur son acte de naissance et après ouverture d'un dossier de famille qui sera tenu au bureau... ».

<sup>628</sup> **AOUIFI** Yusra, « *Al-dakhiliya ta'atarif bi al-wiladat kharij idar al jawaz* (le ministre de l'Intérieur reconnaît les naissances hors mariage) », *Assabah*, 19 octobre 2019 [Consulté le 2 octobre 2020].

<sup>629</sup> Voir *supra*.

Parallèlement à cette rigueur, l'islam a appelé à reconnaître la paternité de l'enfant en utilisant l'injonction « appelez ces enfants adoptifs du nom de leur père »<sup>630</sup>. Cette injonction est comprise par certaines personnes comme un ordre d'étendre l'obligation de désigner un père à tous les enfants et pas seulement à ceux dont les parents sont déjà connus, pour tenter d'établir une certaine forme de justice sociale.

Mais la première véritable évolution du statut de l'enfant né hors mariage s'est produite sous le deuxième Calife *Omar Ibn Al-Khattab*, quand il a appliqué le principe de *l'istilhaq* aux enfants naturels. Ainsi le Calife a refusé la rétroactivité de la loi sur ce sujet, prenant en considération les pratiques reconnues avant l'islam et décidant que tout cas antérieur à l'islam devait être soumis à l'ancienne règle. Il évitait la pénalisation de l'enfant issu d'une relation antérieure à la prédication sur la base d'une règle édictée postérieurement à sa conception, ce qui n'aurait eu aucun sens, sauf si l'enfant avait déjà un parent reconnu afin d'éviter tout désordre social inutile<sup>631</sup>.

Aussi cette jurisprudence introduit une prise en compte de ce qu'il est possible d'appeler aujourd'hui l'intérêt de l'enfant. Procédant ainsi le Calife évitait à l'enfant tout traumatisme psychologique, dans une société où les liens familiaux et tribaux avaient une importance majeure et déterminaient la place de la personne au sein de la société.

Enfin, cette démarche instaurait un traitement équitable entre l'homme et la femme car si la filiation s'établissait naturellement entre l'enfant et sa mère, il incombait aux dispositions juridiques de préciser les conditions permettant de favoriser l'établissement du lien entre le père et son enfant<sup>632</sup>.

On peut dire dès lors que la reconnaissance de l'enfant naturel dans le droit

---

<sup>630</sup> MASSON Denise, « Verset 5, Sourate XXXIII (Les Factions) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>631</sup> ALRAHWAN Muhammad Said Mitwali, *op.cit.*, p. 16.

<sup>632</sup> AL-JAWZIYYA Ibn Qayyim, *Zad ul-Ma'âd fi hadyî khayr il-'ibâd*, Al-Resalah, 2009, p. 903.

musulman n'est pas sans précédent. Bien au contraire, elle a été effective et mise en œuvre depuis les premiers temps de la communauté musulmane afin de réparer des injustices et de préserver la tranquillité publique dans une société naissante.

Malgré cela, ce lien de parenté est souvent méconnu alors même qu'il existe un élément de preuve de filiation entre un enfant et son parent présomptif. Le législateur musulman a fait prévaloir la preuve juridique au détriment de tous les éléments de présomption pouvant exister. La filiation établie par le contrat de mariage est privilégiée aux dépens du lien biologique comme en témoigne le *hadith* rapporté par Muslim<sup>633</sup>.

Ce postulat a été la base de nombreux travaux entrepris par la suite pour inscrire des situations concrètes et variées dans le cadre de ce schéma. Le but poursuivi était bien précis et constant : éviter tout ce qui peut créer la suspicion autour de l'enfant. Mais au-delà de la libéralisation des mœurs sexuelles, d'une importante évolution des techniques médicales et de l'apparition du refus d'opportunité émanant de certains parents de reconnaître leur progéniture, la prise en considération du test ADN comme preuve opposable semble se relever de l'urgence.

Les *oulémas* ont tenté d'apporter une réponse consensuelle à cette question. Certains sont favorables aux tests ADN, comme le docteur Al Hilali qui voit en l'expertise une preuve irréfutable et plus sûre que les moyens de preuve traditionnels. À ses yeux, ce sont les preuves traditionnelles qui reposent sur des méthodes approximatives alors que le test ADN est scientifique et ses résultats sûrs à 100 %, ne laissant aucune place pour le doute. *A contrario*, d'autres personnalités ont refusé de reconnaître les tests ADN ou du moins les faire prévaloir sur les modes de preuves classiques, parce qu'ils sont considérés comme un moyen trop récent face à des procédés reconnus depuis des siècles par toute la communauté musulmane.

---

<sup>633</sup> **IBN AL HAJJAJ AL QUCHARI AN NISABURI** Abu al Husayn Muslim, « *Kitab Al-redaa'* (livre d'allaitement) : *hadith* n° 1457 », Le *Sahih* (Muslim) [Consulté le 4 novembre 2020].

D'autres raisons sont aussi avancées comme la volonté de l'islam de préserver l'enfant, la famille et donc la société. Dès lors le recours à l'ADN est de nature à disqualifier la forme traditionnelle de la famille et devient ainsi une grande source de confusion<sup>634</sup>. Ainsi jusqu'à ce jour, le *li'an* demeure le seul moyen pour désavouer la paternité d'un enfant, alors que beaucoup luttent pour la reconnaissance de la preuve génétique comme moyen d'expertise<sup>635</sup>.

Au cœur de ce débat qui enflamme la scène théologique musulmane, le législateur marocain a reconnu l'expertise ADN comme un moyen possible pour prouver la paternité lors de la réforme de 2004<sup>636</sup> sans cependant lui attribuer une quelconque autorité ni prévalence. Il se conforme ainsi aux vues des traditionalistes, qui refusent de reconnaître la primauté du test ADN et le caractère relatif des autres moyens de preuves<sup>637</sup>.

Ce débat est encore ouvert au plus haut niveau car il offre à beaucoup de juges l'opportunité de refuser de recourir au test ADN pour des raisons personnelles ou idéologiques. Il revient donc au législateur de trancher plus nettement encore, en donnant au test ADN une valeur juridique plus importante encore, déterminante. D'ailleurs une partie des théologiens le rapprochent du mode de preuve admis par les docteurs de droit musulman, à savoir la *qafa* (la *physiognomonie*).

Ce mode de preuve reconnu chez les musulmans depuis les temps prophétiques,

---

<sup>634</sup> **ABA HUSSAIN** Asm ben Mansour, « *Itbat al-nasab bi al-basma al-wiratiya ba'ad nafih bi li'an* (prouver la paternité grâce à l'ADN après le recours au li'an) », *Majala al jamiya al-fiqhiya al-saudia*, p. 421-509.

<sup>635</sup> **BOUHASSOUN** Abd Rahman, « *Taqdim al-basma al-wiratiya fi itbat al'nasab aw nafih ala' al'li'an bayn al-hader wa al-zawj* (L'ADN comme preuve de paternité ou de désaveu face au li'an : entre prohibition et recours) », *Majalat Rwafed*, juin 2020, p. 266-284.

<sup>636</sup> Article 153 du Code de la famille : « Les rapports conjugaux, assortis de leurs conditions, constituent une preuve irréfutable établissant la filiation paternelle. Ils ne peuvent être contestés que par le mari, suivant la procédure du serment d'anathème (*Li'ane*) ou par le moyen d'une expertise formelle ».

<sup>637</sup> **ABA HUSSAIN** Asm ben Mansour, *op.cit.*

consiste à relever les traits de ressemblance entre l'enfant et son géniteur comme en témoigne le *hadith* rapporté par Boukhari : « [...] observez-la, si l'enfant a des yeux noirs et ses hanches sont larges, il est l'enfant de Sharik bin Sahma [...] »<sup>638</sup>. Or le test ADN est réellement une comparaison entre l'ADN du parent et celui de l'enfant, il s'agit d'une ressemblance au niveau cellulaire partie élémentaire du corps humain qui reproduit à l'identique la démarche d'une recherche de ressemblance au niveau des yeux ou d'autres organes ou membres. Le test ADN est donc une forme moderne de la *qafa* avec un caractère sûr et non approximatif.

Mais pour rendre le test ADN recevable et obligatoire, encore faut-il que le législateur intervienne. Avec la recrudescence des cas où l'on observe de nombreuses tentatives pour échapper à des obligations parentales, le test ADN est devenu un impératif comme le fait remarquer le docteur Bayoumi à propos du *Li'an*, mais valable pour tout autre cas de figure : « [...] la prise en considération de l'expertise scientifique surtout le test ADN, comme moyen de preuve sûre et irréfragable [...] Car elle va dissuader toute personne voulant échapper à la justice [...], car les serments prêtés n'ont plus de valeur aujourd'hui »<sup>639</sup>. Ainsi cette approche renvoie une nouvelle fois à la contextualisation et à l'idée générale que le droit musulman est un droit jurisprudentiel qui peut se renouveler en prenant en considération les moyens que la science actuelle met à sa disposition.

Les modes de preuve reconnus par le droit musulman relèvent tous de procédés destinés à munir le juge de moyens matériels et spéculatifs pour éclairer sa décision et lui permettre de prendre une décision juste. En ce sens, le test ADN n'est pas venu supplanter la preuve classique, il est venu afin de la compléter en fournissant un outil scientifique rigoureux s'ajoutant aux autres modes de preuve.

---

<sup>638</sup> **AL BUKHARI** Mohammed, « *Kitab tafsir* (livre de l'exégèse prophétique) : *hadith* n° 4747 », Le *Sahih* (d'Al Bukhari) [Consulté le 25 octobre 2020].

<sup>639</sup> **HUSSAYNI** Ahmed Abd al-Jayed, « *Mada machru'yat itbat al'nasab aw nafih bi al'basma al wiratiya fi al'fiqh al'islami* (La portée du test ADN dans l'établissement ou le désaveu de la paternité dans le *fiqh*) », *Magazine de la faculté théologique et juridique de Tanta*, n° 35, 2020, p. 10-121.



Or les modes de preuve, aux yeux d'un certain nombre de docteurs en droit moderne ne relèvent pas de la foi mais plutôt de *l'ijtihad*. Ils ont été élaborés à une époque où la société musulmane cherchait à se consolider et à se détacher de l'injustice qui était répandue dans le monde préislamique. La stagnation de l'inspiration législative n'est donc pas une forme de fidélité au passé, elle doit être combattue par le législateur, dans le but de perfectionner les outils de la justice sociale<sup>640</sup>.

Comme l'a rappelé le monarque dans son discours de 2004, « il est nécessaire de s'inspirer des desseins de l'islam tolérant qui honore l'Homme et prône la justice [...] et de s'appuyer sur l'homogénéité du rite malékite ainsi que sur *l'ijtihad* qui fait de l'islam une religion adaptée à tous les lieux et toutes les époques [...] »<sup>641</sup>.

Il importe encore d'aborder une autre question relative à l'harmonisation du droit pénal avec le droit de la famille. Depuis la naissance du mouvement « hors-la-loi » qui appelle à la libération de la femme et de son corps, la question de la dépenalisation des relations hors mariage est posée. Cette question relance le débat relatif au sort des enfants nés de ces relations.

Au Maroc, par peur d'une sanction pénale, des femmes célibataires qui ont eu des relations hors mariage choisissent le silence. Cette attitude est provoquée par une législation qui conduit à des situations dramatiques. En témoigne une affaire où un viol a été rapidement requalifié par la justice en simple relation hors mariage : un crime dont la victime, devenue mère, était dès lors considérée comme la complice, ce qui occultait l'enjeu réel de l'affaire qui était la reconnaissance de la paternité de l'enfant issu du viol.

---

<sup>640</sup> MOUHAMADI Meriam, MOUQRAN Aida, *Al basma al wiratiya w dawrouha fi itbat al-nasab* (l'ADN et son rôle dans l'établissement de la paternité), Mémoire, Béjaïa, 2013, p. 45.

<sup>641</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2<sup>e</sup> année législative de la 7<sup>e</sup> législature en date 10 octobre 2003.

Il est évident que pour garantir la protection de la femme comme celle de l'enfant, le législateur doit revoir les dispositions d'un droit pénal qui, en matière de viol, ignore le statut de victime de la femme violée et banalise l'acte criminel en le requalifiant de relation sexuelle illégitime, reléguant alors de la femme au rang de simple partenaire ou complice d'une action illégale. Faire du viol un crime contre la société, dont la femme est la première victime doit permettre de protéger les femmes et enfants qui subissant une situation terrible qui leur a été imposée par un homme<sup>642</sup>.

Quant aux relations illégales, les éminents docteurs musulmans des temps les plus reculés ont fait preuve de souplesse, de bienveillance et d'une intelligence du cœur. Ils ont imaginé des subterfuges comme « l'enfant endormi » ou la création automatique du lien entre l'enfant et son père non biologique dès lors qu'il existe un contrat de mariage<sup>643</sup>. Le législateur doit s'en inspirer. Il doit puiser l'esprit de la réforme à venir dans la tradition tolérante marocaine, sans succomber par faiblesse intellectuelle aux mouvements rigoristes ou fanatiques qui lui sont étrangers<sup>644</sup>.

Mais pour que la réforme réussisse, le législateur doit pouvoir compter sur l'implication des magistrats qui siègent dans tous les tribunaux du royaume. Il semble évident aujourd'hui que de nombreuses dispositions novatrices introduites dans le Code de la famille de 2004 n'ont pas produit tous les effets escomptés à cause de la réticence des juges à les appliquer. Une réticence d'autant plus intense qu'elle s'est parfois appuyée sur la formulation hasardeuse ou vague de certains textes. Pour réaliser une évolution substantielle et consensuelle du droit, il est souhaitable que le juge soit capable de jouer un rôle important dans la mise en place de la nouvelle réforme, en endossant le rôle historique de jurisconsulte ou de *faqih*.

---

<sup>642</sup> BOUSHABA Amine, « Enquête l'Economiste-Sunegria : Relations sexuelles hors mariage, les Marocains disent niet », *L'Economiste*, n° 5691, 5 février 2020 [Consulté le 6 novembre 2020].

<sup>643</sup> Voir la position des Hanéfites sur la question, HUSSAYNI Ahmed Abd al-Jayed, *op.cit.*

<sup>644</sup> BOUSHABA Amine, *op.cit.*

## Section 2. Le rôle de *faqih* joué par le juge dans l'*ijtihad*

Dans la mise en pratique du droit musulman, le rôle du juge diffère de celui qui lui est assigné de manière classique dans le système romano-germanique, à savoir une application stricte de la loi. Il doit, la plupart du temps, se livrer à sa propre interprétation des textes. Le but est de produire la solution la plus adéquate aux problèmes qui sont soumis à son appréciation et sa prise de décision. La nature contextuelle et pragmatique du droit musulman a comme conséquence que le juge n'est pas seulement considéré comme celui qui applique le droit, mais aussi comme quelqu'un qui participe à sa création.

C'est dans les textes fondateurs de la société musulmane que se trouve l'origine de cette configuration singulière de la mission du juge. Le Coran et la *Sunna* attestent de son rôle dans la création du droit, parfois en contradiction avec les textes révélés. Ainsi le prophète a été considéré comme le premier juge dans l'islam sans vraiment être mentionné comme tel. Il exerçait une prérogative qu'il tirait du texte coranique comme en témoigne le verset : « Nous avons fait descendre sur toi le livre avec la Vérité, afin que tu juges entre les hommes d'après ce que Dieu te fait voir »<sup>645</sup>. Avec l'extension des territoires sur lesquels s'exerçait désormais son autorité, et la multiplication des ambassades envoyées aux autres peuples pour les inciter à la conversion à l'islam, le prophète commença à déléguer ses pouvoirs juridiques à certains de ses compagnons comme *Mu'ad ibn Jabal* et *Outab ibn Assid*<sup>646</sup>.

Tout système juridique tire sa légitimité d'un idéal de justice auquel il tente de donner un contenu concret. C'est naturellement dans une telle démarche que s'inscrit la construction du droit islamique et c'est pour y parvenir que l'islam autorise

---

<sup>645</sup> MASSON Denise, « Verset 105, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>646</sup> IBN KHALLIKAN Shams ad-Din Abu l'Abbas Ahmad ibn Muhammad ibn Ibrahim, *Wafayat al-a'yan wa-anba' abna az-zaman* (Obituaire des hommes illustres et histoires des contemporains), Dar Sad'r, Beyrouth, 1987, tome 6, p. 149.

l'interprétation du texte coranique. Le Coran et le prophète encourageaient toute personne intervenant dans un litige à interpréter les textes qui pourraient paraître incompréhensibles pour l'ensemble de la communauté islamique comme le mentionne la sourate suivante : « Lorsqu'une nouvelle leur parvient, objet de sécurité ou d'alarme, ils la font connaître autour d'eux. Si on l'avait rapportée au Prophète et à ceux qui parmi eux détiennent l'autorité, pour leur demander leur avis, ils auraient su s'il fallait l'accréditer, car on se réfère habituellement à leur opinion »<sup>647</sup>.

Le prophète encourageait ses compagnons à faire preuve *d'istinbat*<sup>648</sup> comme il le faisait lui-même<sup>649</sup>. Un *hadith* invitait le juge ou toute personne investie d'une mission de justice à faire preuve *d'ijtihad* ou effort d'interprétation du texte, voire même à trouver une solution absente du texte coranique et des *hadiths* par le biais de *al-qiyass*<sup>650</sup>.

Ainsi durant la vie du prophète les principes fondateurs de la déontologie juridique inspirée par l'islam furent établis par le Coran et la *Sunna* qui invoquent la recherche de la justice et de l'équité dans les décisions rendues<sup>651</sup>. L'importance de la fonction de rendre des jugements imposait même des sanctions morales à l'encontre des *cadis* corrompus ou tyranniques<sup>652</sup>. Il faut aussi rappeler l'importance donnée au

---

<sup>647</sup> MASSON Denise, « Verset 83, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>648</sup> Déduction.

<sup>649</sup> ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Aqdiya* (livre des jugements) : *hadith* n° 3585 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

<sup>650</sup> Analogie ou syllogisme : « Quand le Messager d'Allah voulu envoyer Mo'ad ibn Jabel au Yémen il lui demanda : « [...] comment jugeras-tu quand le moment de rendre un jugement se présentera devant toi [...] je me réfère à la sunna. Et si la solution ne se trouve ni dans le Coran ni dans la Sunna ? Alors je vais faire preuve de bon sens. Alors le messager d'Allah répondit : « merci à Dieu qui a guidé le messager de son messager à une solution qui plut à son messager », IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Aqdiya* (livre des jugements) : *hadith* n° 3592 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

<sup>651</sup> MASSON Denise, « Verset 58, Sourate IV (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>652</sup> ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Aqdiya* (livre des jugements) : *hadith* n° 3575, n° 3580 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

devoir de trouver la solution la plus juste et la plus clémente quand les textes sur lesquels le magistrat doit se prononcer sont silencieux ainsi que l'injonction à ne jamais prononcer de sentence en cas de doute<sup>653</sup> ou de colère<sup>654</sup>.

Sur ces bases, le droit musulman s'est développé et épanoui à l'époque des califes. La mort du prophète Mohammed ayant signifié la fin de la révélation, les califes et les juges ont été amenés à faire preuve de plus en plus d'efforts d'interprétation pour répondre aux problèmes d'un vaste empire en expansion, comme devait en faire état le calife Omar avec franchise et modestie : « Le jugement du prophète était juste, parce qu'il était d'inspiration divine, de notre part il n'est que supposition et responsabilité »<sup>655</sup>.

C'est sur la base de cette approche conceptuelle qu'à partir de l'époque du second calife Omar que *l'ijtihad* et ses différents modes ont gagné de l'importance dans le droit musulman. En témoigne par exemple la mise place de la peine relative à l'ébriété qui fut calquée sur la peine encourue pour la calomnie par le calife Omar après concertation avec les autres compagnons du prophète survivants<sup>656</sup>, ou l'annulation de la peine de vol durant l'année de diète bien que cette dernière peine soit précisément prescrite par le texte coranique<sup>657</sup>.

L'interprétation ayant conduit à cette disposition se fondait sur un autre verset coranique qui cite les aliments interdits comme le porc et la charogne, mais permet

---

<sup>653</sup> **AL-TIRMIDHI** Abu Isa Muammad Ibn Isa ibn Sawra Ibn Musa ibn al Dahhak al Sulami, « « *Kitab Al Hudud* (livre des peines) : *hadith* n° 1424 », Jami' (d'Al Tirmidhi) [Consulté le 21 avril 2020].

<sup>654</sup> **ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Aqdiya* (livre des jugements) : *hadith* n° 3589 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

<sup>655</sup> **ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Aqdiya* (livre des jugements) : *hadith* n° 3586 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

<sup>656</sup> **ALBOACEN**, *Al Ahkam al-sultaniyya* (les Statuts gouvernementaux), Dar al-Hadith, 2006, p. 334-335.

<sup>657</sup> <https://www.aljazeera.net/blogs/2019/12/26/ادارة-الأزمات-في-عهد-سيدنا-عمر-بن-الخطيب>

leur consommation si la vie de la personne est en danger<sup>658</sup>. Le juge était conduit à appliquer cette disposition dérogatoire en considérant non plus la nature de l'aliment, mais plutôt le contexte. La singularité du contexte conduisait donc à une réévaluation de la règle juridique par fidélité au principe de bienveillance du Coran.

Ainsi l'œuvre d'Omar en tant que législateur, mais surtout juge, consiste à la mise en place des prémisses du droit d'inspiration islamique, et définit les orientations que d'autres juristes ont suivi par la suite, afin d'adapter leurs décisions à leur contexte socioculturel sans pour autant s'éloigner du texte coranique ou de la *Sunna*, ce qui explique un recours de plus en plus fréquent au subterfuge, surtout en matière pénale.

Comme héritier de la tradition du *cadi*, qui non seulement applique la loi, mais crée du droit, le juge marocain contemporain se trouve investi d'une mission originale. Avec la réforme de 2004 le législateur a voulu rendre au juge sa place de *faqih* de droit, en mettant fin à l'interprétation figée des textes antérieurs, qui souffrait de ce que l'on désigne comme la « fermeture de la porte de l'*Ijtihad* » intervenue au X<sup>e</sup> siècle<sup>659</sup>.

Ainsi le juge a la faculté de combler les lacunes des textes, en s'inspirant de la tradition islamique et d'autres écoles du *fiqh*. Ces nouvelles prérogatives sont un retour aux méthodes interprétatives que la communauté musulmane avait naguère connues. La décision judiciaire tire sa force des textes mais cela n'exclut pas une relecture et une réinterprétation par le juge au cas par cas. Ce nouveau pouvoir du *cadi* constitue un retour aux sources de la tradition et il se trouve désormais en mesure de contribuer à la création de la norme juridique en recourant au *hiyal* juridique que la situation impose.

Depuis 2004, la mission du juge dépasse la simple application littérale et méticuleuse des lois et normes. Au contraire, prenant en compte le contexte social qui

---

<sup>658</sup> MASSON Denise, « Verset 3, Sourate V (La table servie) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>659</sup> BLANC François-Paul, *op.cit*, p. 28.

le touche au plus près, ses décisions sont créatrices de jurisprudence et doivent compléter la réforme en éclaircissant les zones d'ombre qui la minent. Le texte législatif de 2004 était d'inspiration progressiste, mais il confiait au juge la mission d'assurer dans son application la mise en œuvre de son intention tout en assurant son acceptation par la société.

Ainsi la modernisation et la laïcisation du corps judiciaire en reléguant la juridiction traditionnelle des *adouls* au second rôle, n'influence en rien le rôle du juge *moujtahid* responsable du bon fonctionnement de la réforme et sa consolidation et se traduit par un certain nombre de mesures grâce auxquelles les *adouls* passent au second plan en matière de droit de la famille du fait de la promotion ou restauration dont bénéficient les juges. Ces derniers deviennent les seuls garants du bon fonctionnement des dispositions judiciaires et de l'application de la loi, contrairement à ce que leur autorisait leur statut antérieur à la réforme qui limitait leur intervention à la vérification des actes et leur conformité aux textes en vigueur<sup>660</sup>. Un tel changement dans la répartition des attributions a bien évidemment suscité des tensions entre les deux corps judiciaires<sup>661</sup>.

L'évolution de leurs prérogatives a transformé les *adouls* en simples auxiliaires de justice, voire en scribes ou greffiers. Le seul attribut qu'ils conservent parmi leurs fonctions passées intéresse la polygamie et la dot<sup>662</sup>. La réforme étant d'origine royale, émanant donc de l'*Amir Al Mouminine*, et leur métier étant par nature fortement lié au domaine religieux, ils n'ont pu ni la contester, ni la saboter<sup>663</sup>.

Une autre réforme récente a davantage sécularisé la fonction d'*adoul* en permettant sa féminisation. En effet, à partir de 2018, avec l'appui royal, cette fonction

<sup>660</sup> MONJID Mariam, *op.cit.*, p. 269.

<sup>661</sup> DOAUD Amel, « Les adouls en quête de statut », *L'Economiste*, n° 1737, 31 mars 2004 [Consulté le 11 novembre 2020].

<sup>662</sup> DAÏF Maria, « Moudawana : les adouls s'agitent », *Telquel*, n° 284, 2004 [Consulté le 11 novembre 2020].

<sup>663</sup> MURGUE Bérénice, *op.cit.*

a été ouverte aux femmes, donnant ainsi lieu à la prise de fonctions des premières *adouls* en 2020. Sur le plan islamique, cette modernisation puise sa légitimité dans l'absence de texte issu de la tradition interdisant à la femme de dresser des actes<sup>664</sup>.

Cette ouverture de la fonction *adoulair*e à celle-ci s'est accompagnée d'une réforme des contenus des formations dispensées pour y accéder comme l'explique M. Younes El Zahri : « Maintenant, une formation plus complète va être dispensée valorisant les pôles juridiques, mais aussi des pôles axés sur les droits humains et les questions du genre »<sup>665</sup>.

Cette féminisation du corps va forcément avoir des répercussions sur les droits de la femme et leur prise en considération en matière familiale, tout particulièrement quand il s'agira de la conclusion du mariage ou du prononcé du divorce et des clauses qui y sont rattachées<sup>666</sup>. Cette réforme à la portée symbolique s'inscrit manifestement dans la promotion d'un islam tolérant et moderne qui reconnaît à la femme la possibilité de jouer un rôle actif dans un domaine réputé religieux, comme c'est déjà le cas pour les *morchidates*, prédicatrices et éducatrices formées pour intervenir auprès des femmes dans des mosquées, des prisons et autres lieux collectifs<sup>667</sup>.

Ce bouleversement qui concerne le corps judiciaire le plus ancré dans la tradition religieuse ouvre un espace de légitimité au rôle du juge en matière d'interprétation des textes ainsi que l'explique bien le Ministre des affaires islamiques et habous : « durant des siècles, on a eu peur de toucher au religieux. Ce qui a abouti à une inertie. Or aucune référence religieuse n'interdisait aux hommes de changer les choses, d'interpréter différemment »<sup>668</sup>. L'action du juge est dès lors susceptible d'être

---

<sup>664</sup> OLLIVIER Théa, *op.cit.*

<sup>665</sup> *Ibid.*

<sup>666</sup> *Ibid.*

<sup>667</sup> KOZLOWSKI Nina, « Au Maroc, la révolution des premières femmes *adouls* », *Jeune Afrique*, 11 août 2020 [Consulté le 11 novembre 2020].

<sup>668</sup> DAUD Amale, « Maroc : Code de la famille – les nouvelles missions du juge », *L'Economiste*, 13 janvier 2004 [Consulté le 11 novembre 2020].



de plus en plus marquée par les influences des conventions internationales ratifiées par le Maroc, englobant toutes les dimensions des droits de l'enfant, et travaillant conjointement avec les *adouls* à leur application effective.

Cependant, son rôle le plus important demeure la protection de la famille et la mise en œuvre des plus grands efforts pour empêcher son démantèlement. Ainsi la nouvelle législation procède à la réouverture de *l'ijtihad* en faveur du juge qui est bien évidemment une prérogative détenue par le roi<sup>669</sup> en sa qualité d'*Amir Al Mouminine*, et a pour finalité l'interprétation de l'islam en l'absence de hiérarchie uniquement religieuse à l'instar de celle qui existe au sein du clergé dans le christianisme<sup>670</sup>. C'est donc en sa qualité de représentant du monarque que le juge acquiert la faculté d'interpréter les textes religieux.

Depuis 2004, le juge a pour mission, aux côtés du législateur, de moderniser le droit de la famille et surtout de combattre l'interprétation rigoriste et les excès dont pouvaient faire preuve certains *adouls*. Il peut ainsi conforter l'islam dans sa dimension universelle et intemporelle comme source d'inspiration du droit de la famille, et comme le veut la tradition marocaine, y puiser les éléments constitutifs d'une pratique du droit moderne, progressiste et ouverte sur le monde<sup>671</sup>.

Dès lors, en attendant que la modernisation du corps des *adouls* s'opère et produise ses effets, le juge constitue le seul acteur de la réforme. Malgré le manque de ressources et de certaines difficultés socioculturelles, il tente d'harmoniser le droit, cherchant à procéder à une conciliation entre la société traditionnelle et une justice innovante jugée par certains milieux rigoristes comme déviante du droit musulman originel.

---

<sup>669</sup> Voir *supra*.

<sup>670</sup> Néanmoins, un contrôle est exercé sur les imams par le ministre de tutelle nommé directement par le roi, des feuilles de route sont élaborées afin de maintenir une cohérence en matière religieuse.

<sup>671</sup> Préambule du Code de la famille.

La démarche de « laïcisation » partielle du droit de la famille a été interprétée comme un coup porté à la sacralité du mariage par les *adouls* et les partenaires sociaux les plus conservateurs<sup>672</sup>. Il est en effet certain que la démystification d'un droit jusque-là auréolé par la sacralité permet au *cadi*, s'il le souhaite, d'innover et œuvrer pour atteindre un idéal de justice en conformité avec la volonté du législateur et une vision renouvelée de l'esprit de l'islam.

La féminisation partielle du corps judiciaire, dans la mesure où le tiers des juges sont désormais des femmes, est un autre aspect *d'ijtihad* puisqu'elle a de grandes répercussions sur la justice familiale. Il s'ensuit en effet une application et une interprétation des textes plus compréhensives et humaines envers les femmes, qui ont désormais la possibilité de parler plus librement face à une juge.

Bien qu'on ait tendance à l'oublier, les audiences relatives aux affaires familiales sont fréquemment des moments difficiles et de gêne dans un Maroc encore conservateur tant en milieu urbain que rural. La féminisation de la justice permet une autre approche du droit, sans pour autant requérir une évolution spectaculaire des positions et solutions adoptées par les hautes instances, marquées encore par un conservatisme traditionnellement masculin<sup>673</sup>.

Car si le nouveau Code de la famille conserve un caractère très conservateur, cela tient en grande partie à l'interprétation réactionnaire qu'en font les juges, soit par une lecture abusivement littérale, soit par dogmatisme personnel, ce qui conduit à formuler des solutions jurisprudentielles d'un autre temps, sans prise en considération du tissu socioculturel qui a pu, en son temps, influencer ces décisions. Ils limitent de la sorte leur effort d'approfondissement du Code de la famille et du *fiqh*, contrairement au juge algérien qui se livre à des recherches dans la *Charia* dès qu'il en a l'opportunité, sans donner nécessairement une importance décisive aux écoles

---

<sup>672</sup> **DAÏF** Maria, *op.cit.*

<sup>673</sup> **BRAS** Jean-Philippe, *op.cit.*

théologiques connues<sup>674</sup>.

Cette attitude du juge marocain est manifestement contraire à l'esprit de la réforme et surtout au discours royal, lorsque celui-ci rappelle qu'au côté du *fiqh* malékite le juge doit s'appuyer sur le *fiqh* en général. Au-delà de pouvoir utiliser les instruments d'une réforme moderne, le juge se doit de rechercher par son action propre les moyens de contribuer à l'émergence d'une société qui prône la justice, l'égalité et la cohabitation harmonieuse. Il doit prononcer des décisions orientées vers la réalisation des conditions assurant le bien-être de la famille et son maintien en ayant certes recours au droit moderne, mais en s'inspirant aussi du travail *d'ijtihad* et du *salaf* qui caractérisent le droit musulman<sup>675</sup>.

Depuis 2004, le silence du législateur sur certaines questions du droit de la famille qui manquent pourtant de clarté ou d'audace et les pouvoirs accrus accordés aux juges se sont combinés pour laisser le champ libre aux interprétations juridiques. Fréquemment marquées par un conservatisme patent, elles mettent à mal le nouvel esprit que le Code de la famille voulait insuffler et n'ont donc pas fait la preuve de l'efficacité de *l'ijtihad* et du recours au *fiqh* musulman pour moderniser les pratiques juridiques. Ce conservatisme se traduit jusque dans les terminologies utilisées en justice : ainsi par exemple l'acte de mariage est encore parfois qualifié de contrat de *nikah*<sup>676</sup>.

Il apparaît de manière récurrente dans les interprétations judiciaires du Code de la famille et creuse progressivement un large fossé entre l'application du droit et l'esprit ayant présidé à l'élaboration de ce texte. Cette lecture erronée, et parfois hors-la-loi, aujourd'hui encore vivace, impose qu'un certain nombre de nouvelles dispositions soient changées. Il importe certes de mener une action législative pour

---

<sup>674</sup> MONJID Mariam, *op.cit.*, 2013, p. 274.

<sup>675</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2<sup>e</sup> année législative de la 7<sup>e</sup> législature en date du 10 octobre 2003.

<sup>676</sup> MURGUE Bérénice, *op.cit.*

réviser les textes en vigueur mais aussi d'opérer une rectification de la manière dont est conduite leur interprétation par les magistrats.

D'ailleurs, des demandes de dispositions plus précises de la part du législateur et d'une interprétation plus juste et équitable ont vu le jour ces dernières années. Dans ces revendications, plusieurs interprétations néfastes du Code de la famille sont régulièrement pointées du doigt car elles conduisent à des situations alarmantes. Il s'agit surtout des questions relatives au mariage des mineurs, la polygamie, la naissance hors mariage et la question du test ADN que certains juges refusent de reconnaître, non pour des raisons juridiques, mais pour des raisons ou convictions personnelles.

Le mariage des mineurs est un sujet qui demeure encore en suspens. Si la formulation de la loi est claire en la matière, à savoir que l'âge légal du mariage est désormais de dix-huit ans pour tous les genres, l'exception ouverte par le Code de la famille permet une fraude à la loi, autorisant le mariage des filles mineures dans un Maroc qui peine à mettre fin à ce phénomène, tout particulièrement en milieu rural<sup>677</sup>.

Ainsi l'exception devient la norme, comme le reconnaît le ministre de la justice marocain qui pense que cet état de fait est dû « à un courant conservateur qui traverse la société politique marocaine »<sup>678</sup>. Étant donné que la politique doit inévitablement influencer toute réforme à venir, et que pour tout texte, il faudra prendre en considération les forces en présence sur la scène politique marocaine, le juge constitue l'ultime protection contre la dérive qui conduit à l'abandon de la norme au profit de l'exception devenue *de facto* la règle, mais hélas avec sa complicité.

---

<sup>677</sup> Selon l'étude du Haut-commissariat au plan marocain, pour l'année 2018 il y a eu 31.931 demandes de mariage concernant des filles mineures constitutives de 99,5 % des demandes de mariage pour mineur. 81 % de ces demandes on était accepté ; **Haut-commissariat au plan**, *La femme marocaine en chiffres*, 2019, p. 21.

<sup>678</sup> **ABOU EZ** Eléonore, « Le mariage de filles mineures en hausse « de façon alarmante » au Maroc », *France info*, 27 mars 2019 [Consulté le 16 novembre 2020].

Il faut le rappeler : l'article 20 du Code de la famille accorde un pouvoir discrétionnaire au juge en la matière ; il peut autoriser le mariage si l'intérêt de l'enfant le justifie et comme la notion d'intérêt n'est nullement détaillée dans le texte, c'est à lui qu'il échoit d'intervenir afin de définir l'intérêt de l'enfant en concordance avec les conventions et les directives des organisations internationales laïques et islamiques. Il peut par exemple estimer que le mariage d'un mineur est une forme de mauvais traitement à son encontre et s'y opposer en invoquant les dispositions de l'article 19 de la convention internationale des droits de l'enfant qui engage les États signataires à lutter « contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle ».

Cette approche s'appuie sur le constat de la pression psychique exercée par les parents à l'encontre de leurs enfants qui s'illustre souvent par des manipulations verbales telles que : « si [elle] rate cette occasion, est-ce qu'elle pourra se marier par la suite ? Regarde sa mère qui s'est mariée à l'âge de 15 ans, elle n'a aucun problème ! »<sup>679</sup>, ou comme une atteinte au droit de l'enfant à l'éducation et sa garantie par l'État face à des parents prêts à sacrifier sa scolarité et son avenir professionnel au profit de son mariage<sup>680</sup>.

Ainsi le juge peut, grâce à un pouvoir d'appréciation qui lui est propre et garanti par le législateur, rendre la notion d'intérêt général de l'enfant plus claire et plus objective. Cette objectivité est manifeste chez certains juges qui méconnaissent la faculté de dérogation à l'âge du mariage en dessous de 17 ans<sup>681</sup>, comme c'est le cas dans les tribunaux de Casablanca et Rabat<sup>682</sup>.

---

<sup>679</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit*, p. 31.

<sup>680</sup> « *Moudawana : Opinion de la rue* », *Telquel*, 2004 [Consulté le 3 avril 2020].

<sup>681</sup> **BENRADI Malika, MOUAQIT Mohamed, ZEIDGUY Rabha, OUNNIR Abdellah et alii**, *op.cit*, p. 173.

<sup>682</sup> **Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes**, *op.cit*, p. 32.

La possibilité offerte par la loi de recourir à une expertise sociale et médicale pour accorder la dérogation est souvent ignorée par le juge de par sa nature secondaire. Alors qu'en l'absence d'une injonction claire de la part du législateur sur la question relative à l'expertise sociale et médicale qu'évoque le texte de loi, le juge peut, au moyen de sa jurisprudence, la faire reconnaître comme une procédure de fond pour l'appréciation de l'opportunité de tout futur mariage auquel doit participer un mineur.

Dans la pratique, le silence du législateur sur l'obligation de l'expertise médico-sociale et le non-engagement de la responsabilité du juge en cas d'omission de sa part d'y recourir livrent cette pratique à son appréciation et lui offrent la possibilité de s'en tenir à la formule marocaine « *aynak mizank* », c'est-à-dire une « évaluation au regard » purement subjective qui prend en compte des éléments tels que l'aspect physique du mineur, sa situation familiale ou le certificat *d'alaânth* dressé par des *adouls* à la demande du père pour justifier un mariage protecteur contre la débauche<sup>683</sup>.

Ces éléments expliquent qu'en 2011 le nombre d'expertises ou d'enquêtes ordonnées par les juges de la famille n'a même pas atteint la moitié de celui des demandes de mariage pour mineurs<sup>684</sup>. La rareté du recours à l'expertise se justifie en premier lieu par la présentation par le tuteur d'un certificat médical, bien souvent obtenu frauduleusement, pour appuyer sa demande de mariage. Cette pratique répandue au Maroc devrait inciter le juge gardien de l'objectivité du droit à faire de l'expertise et de l'enquête sociale des moyens systématiques d'assurer la sauvegarde des intérêts de l'enfant, alors que malheureusement trop souvent celui-ci n'est même pas personnellement entendu par le juge.

Le texte de loi n'évoque en effet que l'accord du tuteur légal, passant sous silence l'accord de l'enfant et renvoyant aux pratiques antérieures dans le cadre du

---

<sup>683</sup> BENRADI Malika, MOUAQIT Mohamed, ZEIDGUY Rabha, OUNNIR Abdellah *et alii*, *op.cit.*, p. 108.

<sup>684</sup> Ministère de la Justice et des Libertés, *Statistiques des sections de la justice de la famille année 2011*, Maroc, septembre 2012, p. 11.

*d'jabr*. Le silence du législateur sur l'accord, ou au moins l'audition, de l'enfant par le juge ouvre la possibilité de conclure des mariages forcés. La plupart des demandes concernant le mariage d'un mineur sont appuyés par un accord du mineur et de son tuteur<sup>685</sup>. Le juge applique alors mécaniquement la loi sans envisager les points sur lesquels la loi est silencieuse, alors qu'en endossant son rôle de *faqih* il pourrait remarquer que dans la tradition islamique aucun texte n'évoque réellement l'âge de la future mariée pas plus qu'il ne traite de la forme de son consentement qui dépend bien évidemment de la situation de cette dernière.

Dans la tradition islamique, il est avant tout déterminant de savoir s'il s'agit de secondes noces ou d'un premier mariage, auquel cas l'attitude du juge est plus vigilante. Mais, quel que soit la situation, les récits de la *Sunna* et les *hadiths* ne précisent pas d'âge ouvrant la capacité de se marier et donnent à la jeune femme dont le mariage est projeté la capacité de faire un choix<sup>686</sup>. Le juge peut donc, en faisant preuve d'ingéniosité et en puisant dans la tradition, mettre fin au laconisme de l'article 20 du Code de la famille.

Par ailleurs, à propos du mariage des mineurs, le juge marocain peut s'inspirer du droit égyptien. Le premier texte positif d'inspiration musulmane en matière de statut personnel établi par *Qadri Pasha* au profit du juge égyptien en 1875, s'inspire fortement du rite hanéfite<sup>687</sup>. Ce texte qui a, depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, servi de référence aux tribunaux égyptiens ne fait pas mention d'un âge minimal pour le mariage. La seule condition qu'il impose pour rendre possible une telle union est l'aptitude physique à la supporter, établie sur la base d'une expertise ordonnée par le

---

<sup>685</sup> **MONJID** Mariam, *op.cit.*

<sup>686</sup> « Une jeune femme arrive chez le prophète et l'informe que son père l'a marié sans son consentement, alors le prophète lui permit de choisir », **IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-nikah* (livre des mariages) : *hadith* n° 2097 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

<sup>687</sup> « La codification en 1875 du droit de la famille hanéfite par Qadri Pasha, en Égypte [...] constitue des formes primitives de réception de cette conception positiviste. », **BUSKENS** Léon, **DUPRET** Baudouin, *op.cit.*

juge<sup>688</sup>. S'inspirant du droit ottoman, l'Égypte a ensuite décidé de puiser dans d'autres écoles et doctrines pour moderniser le droit de la famille sans pour autant s'éloigner de l'islam.

Puis à partir des années 1920, le législateur et le juge ont essayé de trouver des méthodes afin de pallier les insuffisances constatées dans la loi en recourant au procédé du *talfiq*<sup>689</sup> et *takkayur*<sup>690</sup> qui permet au juge d'appuyer sa prise de décision sur les avis de certains *faqih* musulmans minoritaires dans leur courant, voire les plus controversés ou disparus<sup>691</sup>. Le plus important est alors la validité du référentiel religieux. Cette approche se justifie par le caractère temporel et territorial du droit musulman comme en témoigne l'avis rapporté d'Abd al Fattah al Sayyid<sup>692</sup>.

Une autre approche que le juge marocain pourrait adopter, consisterait à s'inspirer du législateur égyptien des années 1930, qui a mis fin à tout pouvoir

---

<sup>688</sup> Cette expertise reste rudimentaire, car effectuer par des femmes qui constate si la personne mineure peut supporter l'union conjugale : « [...] Le juge doit ordonner à des femmes de confiances de procéder à une expertise, si elles jugent qu'elle [la personne mineure] est apte au mariage, il sera ordonné de la marier sur le champ », article 56. **QADRI PASHA** Muhammed, *Al Ahkam al Chari'a fi al ahwal a chakhssiya*, Dar Al Kotob Al Ilmiyah, 2013.

<sup>689</sup> « C'est un procédé qui consiste à combiner des règles appartenant à différentes écoles », **BERNARD-MAUGIRON** Nathalie, « Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites », *Confluences Méditerranée*, 2010, n° 75, p. 77-89.

<sup>690</sup> « C'est un procédé qui consiste à choisir des règles d'une autre école sunnite », *Ibid.*

<sup>691</sup> **BOTIVEAU** Bernard, *op.cit.*

« En droit musulman rien ne s'oppose à l'adoption de l'avis d'autres jurisconsultes que ceux des quatre rites surtout si cette adoption assure un bien public et évite un mal public, ainsi que l'enseignent les doctrines autorisées des auteurs en matière de source du droit. », **LINANT DE BELLEFONDS** Yvon, « Immuabilité du droit musulman et réformes législatives en Égypte », *Revue internationale de droit comparé*, 1955, 7-1, p. 5-34.

<sup>692</sup> « Il est de règle en droit musulman que le pouvoir juridictionnel puisse être limité, quant au temps, aux lieux, aux faits ou aux personnes et que le souverain puisse interdire à ses cadis d'entendre certains procès ou de ne les entendre qu'avec certaines restrictions suivant qu'il le juge utile, en tenant compte des conditions de l'heure, des besoins des justiciables et de la nécessité de sauvegarder les droits de chacun », **BORRMANS** Maurice, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, 1977, p. 83.



d'interprétation du juge en matière de mariage des mineurs<sup>693</sup>. Ainsi même si le mariage coutumier reste valide, l'absence d'acte dressé par une autorité compétente empêche toute réception de demande de reconnaissance ou de contestation de mariage par le juge.

Le législateur va même plus loin en méconnaissant les actions qui peuvent concerner des mineurs<sup>694</sup>. Il interdit ainsi par la même loi au *mazz'oun* de dresser un contrat de mariage entre personnes mineures. Il met alors fin, du moins légalement, à ce genre de mariage, par voie procédurale. Cette approche peut être assimilée à une *hila* juridique destinée à préserver l'enfant de toute sorte de pression qu'il peut subir de la part de son entourage.

Contrairement à la législation égyptienne de l'époque qui repose sur l'interdiction faite au juge de déclarer recevables les sollicitations par lui reçues dans certains litiges en l'absence des conditions légalement requises<sup>695</sup>, la réforme marocaine lui donne les pleins pouvoirs afin de connaître de toutes les questions relatives au mariage des mineurs et en conférant même à sa décision un caractère irrévocable.

Aussi est-il regrettable de constater que les juges du royaume n'usent pas de ce pouvoir discrétionnaire afin de limiter, voire de supprimer, la recevabilité d'une demande d'accès au mariage à un âge antérieur à celui qui est fixé par la loi. La pratique judiciaire reste trop disparate dans les tribunaux du royaume : certaines juridictions ont fixé un semblant d'âge limite pour l'octroi de l'autorisation tandis que d'autres plus traditionalistes se préoccupent peu de l'âge du moment que les parties sont tombées d'accord<sup>696</sup>.

---

<sup>693</sup> LINANT DE BELLEFONDS Yvon, *op.cit.*

<sup>694</sup> BORRMANS Maurice, *op.cit.*, p. 84 ; BERNARD-MAUGIRON Nathalie, « Quelques développements récents dans le droit du statut personnel en Égypte », *Revue internationale de droit comparé*, 2004, 56-2, p. 355-385.

<sup>695</sup> BERNARD-MAUGIRON Nathalie, *op.cit.*

<sup>696</sup> Association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, *op.cit.*, p. 47.

Enfin, en la matière, le juge marocain peut se référer aux différentes *fatwas* qui émanent des autorités compétentes dans le monde arabo-musulman. Au sein même des instances assurant la pérennité du dogme sous sa forme traditionnelle, la perception des conditions de validité d'une union matrimoniale commence à changer. Même si le mariage demeure un engagement sacré, qui engage les familles, les juristes commencent à se concentrer davantage sur sa nature première, à savoir qu'il s'agit d'un contrat dont la formation résulte de la rencontre de deux volontés libres.

Ainsi dans sa dernière fatwa, *El Azhar* représentée par Salah Abbas déclare que « l'âge de 18 ans marque le stade où une femme peut valablement exprimer sa volonté de se marier. Cela garantit qu'elle puisse jouir de ses droits fondamentaux à l'enfance, à l'éducation et à la capacité d'assumer la responsabilité du mariage »<sup>697</sup>. Cette prise de position moderne de la part d'une des autorités les plus influentes du monde arabe ouvre un chemin dégagé à l'initiative de *l'ijtihad* pour les juges qui demeurent les plus prudents.

En matière de polygamie, la mise en œuvre d'une quelconque tentative *d'ijtihad* de la part du juge est plus complexe. L'instauration du droit au mariage polygame fait partie des questions que les juges considèrent comme des *nassous qatiya*<sup>698</sup>. Une telle perception de cette institution amène nombre d'entre eux à faire du rôle qui leur est dévolu par le nouveau Code de la famille une interprétation plus sociale que juridique. Cette attitude est d'autant plus justifiée à leurs yeux que le législateur n'a pas pris de position ferme et définitive vis-à-vis de cette pratique.

Les dispositions légales laissent au juge, comme en matière de mariage des mineurs, le soin d'apprécier l'opportunité de l'exception en faveur de la polygamie. Le législateur a eu l'espoir, infondé et finalement déçu, d'y mettre fin progressivement,

---

<sup>697</sup> NASRAOUI Wided, « Islam : première fatwa d'Al-Azhar contre le mariage des mineures », *Jeune Afrique*, 22 juin 2019 [Consulté le 24 novembre 2020].

<sup>698</sup> Textes catégoriques.

sans avoir à condamner formellement cette pratique. Cela reflète une tentative, en fin de compte assez vaine, de donner simultanément des gages à toutes les orientations politiques et intellectuelles marocaines<sup>699</sup>.

Le législateur a donc délibérément fait peser sur le juge toute la responsabilité dans l'évolution de la pratique polygame<sup>700</sup>. C'est dans ce contexte que les juges adoptent des attitudes paradoxales vis-à-vis de la polygamie puisque d'un côté ils refusent tout *ijtihad* visant à faire de la polygamie une situation absolument exceptionnelle et, de l'autre, ils prétendent parfois que le texte peut être appliqué au-delà de la seconde épouse<sup>701</sup>.

Ce double constat souligne que la question de la polygamie comme pratique sociale validée par la loi demeure aujourd'hui un sujet de débat ouvert. En conservant à l'esprit son caractère transitoire dans sa forme initiale, telle que l'islam l'a conçu, et en contextualisant conséquemment sa pratique, le juge dispose de la latitude nécessaire pour lui garder un caractère réellement exceptionnel. En se référant à la *Sunna*, le juge peut facilement vérifier qu'au travers de cette source, le prophète a cherché à disqualifier cette pratique en l'interdisant à ses plus proches parents, mettant l'accent sur l'atteinte morale qui peut en résulter<sup>702</sup>.

Il peut aussi prendre en considération la position de certains penseurs marocains qui voient en la polygamie plus de mal que de bien pour la société. En invoquant le principe du *fiqh*, *aqal darar*, le juge peut dans le but de préserver le tissu familial

---

<sup>699</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2<sup>e</sup> année législative de la 7<sup>e</sup> législature en date du 10 octobre 2003.

<sup>700</sup> Article 41 du Code de la famille : « Le tribunal n'autorise pas la polygamie dans les cas suivants: - lorsque sa justification objective et son caractère exceptionnel n'ont pas été établis; - lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers et leur assurer équitablement, l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie ».

<sup>701</sup> ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz *et alii*, *op.cit.*, p. 181 [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>702</sup> DE SAINT PERIER Laurent, « Monde musulman : polygamie, la tradition qui se perd ? », *Jeune Afrique*, 23 septembre 2011 [Consulté le 23 novembre 2020].

existant, faire du refus de la polygamie une norme jurisprudentielle. Dans la pratique, contrairement au mariage des mineures, les tentatives *d'ijtihad* sont plus difficiles à appliquer sur un terrain particulièrement sensible, où il est possible de s'interroger sur l'éventuelle nature frauduleuse des conditions dans lesquelles une autorisation a été délivrée.

Au côté de *l'ijtihad* qui peut permettre de réguler la polygamie, la féminisation du corps des *adouls* peut avoir une répercussion positive sur l'abandon de cette pratique. L'une des mesures phares de la réforme 2004 est la clause de monogamie qui peut être ajoutée à l'acte de mariage. Une clause qui n'est pas nouvelle dans le droit marocain mais dont l'introduction dans le code n'a pourtant pas permis d'en développer l'usage parce que beaucoup d'hommes y voient une atteinte à un droit de source divine<sup>703</sup>.

Même si les femmes sont généralement favorables à une telle disposition, elle ne figure jamais dans le contrat de mariage. Les raisons de cette absence sont variées : depuis le caractère pesant de la cérémonie du mariage, la peur de heurter les mœurs sociales et jusqu'à la simple omission par les *adouls* de son insertion dans le contrat ou de son évocation lors des discussions pré-nuptiales. La féminisation de ce corps et la participation des femmes *adouls* à l'élaboration du contrat de mariage peut permettre, du moins peut-on l'espérer, aux femmes de prendre conscience de leurs droits et de l'existence d'une disposition qui les protège ainsi contre toute manœuvre de polygamie frauduleuse<sup>704</sup>.

Parmi les nouveaux mécanismes introduits dans le nouveau Code de la famille, figure l'expertise ADN, reconnue comme un mode de preuve parmi tant d'autres. Cependant, le législateur, malgré son introduction explicite comme mode de preuve,

---

<sup>703</sup> Les hommes mariés sont les plus réticents : 40,3 % sont pour la mesure et 59,6 % y sont opposés), alors que 54,7 % des célibataires l'approuvent. ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz *et alii*, *op.cit.*, p. 63-65 [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>704</sup> OLLIVIER Théa, *op.cit.*

ne lui a pas conféré plus de validité qu'à un autre, rendant en pratique son utilisation sujette au bon vouloir du juge. Ce même juge qui souvent se perçoit en premier comme un gardien de la morale et agit comme tel, bien plus que comme dépositaire de la loi, ne l'utilise que parcimonieusement ou jamais.

Il est pourtant vrai que le Coran ne mentionne à aucun moment un mode de preuve en matière de filiation. Les modes de preuve ont été définis par la tradition locale<sup>705</sup> ou *l'ijtihad* des compagnons du prophète comme en font état un certain nombre de *hadiths*<sup>706</sup>. Ils sont donc davantage issus de la tradition islamique locale que de textes comportant une injonction formelle, sauf bien sûr en ce qui concerne le serment d'anathème<sup>707</sup>.

Alors que le législateur a introduit des moyens techniques en matière de reconnaissance de la filiation, le juge quant à lui se retrouve bien souvent prisonnier d'un carcan subjectif traditionaliste qui l'incite à refuser le recours à l'expertise moderne. Les motifs de refus sont variables, mais moins significatifs par eux-mêmes que la volonté sous-jacente de dresser un rempart contre l'atteinte aux mœurs dans une société encore conservatrice est idéaliste<sup>708</sup>, irréalisable.

Pour certains juges, le développement ou la démocratisation des tests ADN constitue un encouragement à la débauche et à la prostitution, amalgamant abusivement par la même occasion droit pénal et droit de la famille<sup>709</sup>. D'autres au

---

<sup>705</sup> Comme en témoigne les paroles de aïcha en la matière : « [...] Quand elle tombait enceinte et donnait naissance à un enfant, les hommes étaient convoqués, ensuite un expert pouvait trouver les traits de ressemblance avec le père pour qu'il lui soit donné [...] », **IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-talaq* (livre du divorce) : *hadith* n° 2272 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [Consulté le 21 avril 2020].

<sup>706</sup> **IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, « *Kitab Al-Talaq* (livre des divorces) : *hadith* n° 2269 », Les *Sunan* (d'Abu Da'ud) [consulté le 21 avril 2020].

<sup>707</sup> **MASSON** Denise, « Versets 6-9, Sourate XXIV (*Al Nur*) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>708</sup> « Filiation, l'expertise ADN, une hérésie pour les juges », *L'Economiste*, n° 3522, 4 mai 2011 [Consulté le 6 mai 2020].

<sup>709</sup> **INSAF**, *Le Maroc des mères célibataires*, rapport, 2010, p. 88.

contraire refusent de reconnaître l'expertise par clémence envers l'enfant et la famille, comme le démontre le cas Bellakhdim<sup>710</sup>, où le juge aurait pu faire preuve *d'ijtihad* en reconnaissant le test ADN avant que la possibilité n'en soit inscrite dans la loi par le législateur.

Cela n'a pas eu lieu malgré un pourvoi en cassation, car la haute juridiction marocaine a rejeté le pourvoi et confirmé le jugement d'appel, admettant que le serment d'anathème est le seul moyen de désaveu : « La Cour de Mulhouse en France [...] se basant sur l'analyse du sang qui écarte la filiation de l'enfant au défendeur est contraire aux dispositions de l'article 76 [de la *Moudawana* de 1958] ; le mari, défendeur au pourvoi, pouvait demander le désaveu de paternité par la procédure du serment d'anathème »<sup>711</sup>.

La rationalité juridique du juge marocain se manifeste dès lors porteuse d'un véritable contraste, devant opter entre un argumentaire empreint de logique formulé par le Tribunal de Mulhouse et celui de la Cour d'appel d'El Jadida qui constitue un véritable déni de la réalité objective et se réfugie dans une invocation dogmatique, alors même que le législateur marocain avait déjà adopté les délais scientifiques de la grossesse en mettant fin par la même occasion aux croyances en l'enfant endormi et ainsi à des arguments issus du *fiqh* d'un autre temps. La justice avait, grâce à cette affaire, la possibilité de prendre les devants et de donner tout son sens à la réforme qui était annoncée quelque mois auparavant et qui allait prendre effet sous peu.

L'admission de l'ADN comme preuve de la filiation et sa mise en œuvre effective au sein de la société marocaine est sujette à de nombreuses interprétations, souvent favorables au courant conservateur, et ce malgré l'existence d'un mouvement audacieux prêt à reconnaître l'expertise ADN comme une preuve indiscutable aux

---

<sup>710</sup> CA d'El Jadida, chambre du statut personnel, jugement n° 496/98. **BLANC** François-Paul, « La présomption *walad lil firâs* et les tests ADN, la position du droit marocain », *Revue franco-maghrébine de droit*, 2004, p. 243.

<sup>711</sup> Arrêt n° R 658, Cour suprême, 30 décembre 2004, Maroc.

dépens des preuves issues de l'aveu ou du lit<sup>712</sup>. Les rares décisions courageuses qui vont dans ce sens sont victimes de la censure judiciaire, comme en témoigne le dernier jugement à avoir été réformé par la Cour d'appel de Tanger en 2017<sup>713</sup>.

Il faut par ailleurs avoir conscience du fait que la prise en considération du résultat du test ADN comme présomption irréfragable est très présente dans le débat religieux islamique, notamment en Orient. Le juge marocain qui souhaite tenir compte de l'évolution du droit islamique international et adapter le droit marocain aux réalités contemporaines peut donc ouvrir une nouvelle porte à *l'ijtihad* en la matière en s'inspirant des études menées par les *faqih*s dans d'autres pays.

La société arabe a en effet cherché au cours du temps à établir le lien de filiation par tous les moyens à sa disposition. L'islam apparu en son sein a lui aussi conservé les moyens de preuve mis en œuvre dans la société qui l'a vu naître, mais en mettant en avant ceux qui étaient considérés comme les plus fiables tels que le mariage et les rapports conjugaux. Le lit était la preuve la plus sûre et la plus forte comme en témoigne, durant l'époque prophétique, l'affaire où le prophète a reconnu le lien de filiation d'un enfant sans pour autant nier la part de doute qui entoure celle-ci<sup>714</sup>.

Ce parti pris était bien évidemment justifié par la volonté de protéger l'enfant et la famille en assurant une certaine stabilité familiale. Ce même parti pris a en outre poussé le législateur à admettre l'erreur nuptiale, y compris dans le cas des rapports durant les fiançailles, ce qui a permis d'empêcher le prononcé de la peine capitale liée à la fornication, mais surtout d'établir le lien de filiation entre le père et ses enfants, et d'en assurer toutes les conséquences.

---

<sup>712</sup> TAILLEFER Joseph, EICHLER Jean-Paul, LEROY Marie-Christine, NOLET Dominique *et alii*, *op.cit.*, p. 7.

<sup>713</sup> OLLIVIER Théa, « Pourquoi la justice a cassé un jugement historique sur la paternité hors mariage », *Telquel*, 12 octobre 2017 [Consulté le 25 novembre 2020].

<sup>714</sup> IBN AL HAJJAJ AL QUCHARI AN NISABURI Abu al Husayn Muslim, « *Kitab Al-redaa'* (livre des allaitements) : *hadith* n° 1457 », *Le Sahih* (Muslim) [Consulté le 4 novembre 2020].

Le lit conjugal fait partie des preuves que le législateur a mis en place. Le recours au test ADN constitue également une *bayna*, étant considéré par beaucoup de *faqih*s comme une preuve génétique<sup>715</sup> permettant, elle aussi, d'accomplir les desseins de l'islam dans la préservation de la société et de la famille. La législation marocaine, quant à elle, après énumération des modes de preuves issus du *chra'a*, laisse le choix au juge de recourir à tout moyen légal y compris l'expertise judiciaire<sup>716</sup>.

D'ailleurs, en reconnaissant les rapports « par erreur », le législateur et le juge reconnaissent par la même occasion le défaut de fiabilité constante de la preuve issue du lit conjugal. Comme certains *oulémas* le préconisent, les juges peuvent chaque fois qu'il y a un doute ou une discorde autour du lien de filiation issu du lit conjugal, recourir à l'expertise ADN, car le but de la preuve est de démontrer la vérité dans une société qui aspire à être juste et équitable<sup>717</sup>.

Le second mode d'établissement de la filiation reconnu par le juge marocain est la reconnaissance de paternité ou *al-istilhaq*. Elle a été retenue par la Cour d'appel d'El Jadida, dans l'affaire Belkhadim. C'est une des méthodes traditionnelles reconnues par les juristes musulmans destinée à donner une filiation à tous les enfants qui n'en avaient pas, marquant ainsi une première dérogation à la règle juridique «*al walade lil firach*»<sup>718</sup>. Cette démarche a été par la suite saluée par tous les *faqih*s, y compris ceux qui étaient membres des écoles rigoristes<sup>719</sup>.

L'*istilhaq* intervient donc comme mode d'attribution en cas de filiation incertaine ou absente, d'un enfant, et permettant de lui en attribuer une. C'est alors que

---

<sup>715</sup> <http://www.ssfcm.org/public/arabic/Content/index/secId/124/cntId/12129/page/2/>

<sup>716</sup> Article 158 du Code de la famille : « La filiation paternelle est établie par [...] par tout moyen légalement prévu, y compris l'expertise judiciaire ».

<sup>717</sup> AL SHAMRI Hayder Hussain Kadim, « *Mada mashru'yat al-basma al-wiratiya wa hujiyatuha fi nafii' al nasab* (la légitimité de l'ADN comme moyen de preuve dans le désaveu de la paternité) », *Ahl al-bayt*, Irak, n° 19, p. 59-103.

<sup>718</sup> ALRAHWAN Muhammad Said Mitwali, *op.cit.*, p. 15-17.

<sup>719</sup> AL-JAWZIYYA Ibn Qayyim, *op.cit.*, p. 903.



le juge en sa qualité de *moujtahid*, partant du principe que l'enfant dont le lien de filiation est source de conflit n'a pas de filiation établie, peut considérer le test ADN comme le moyen de lui attribuer une paternité et d'imposer sa reconnaissance. Bien que cette méthode fasse encore débat au sein de la communauté des *oulémas*, une partie d'entre eux est disposée à y recourir et la place au même niveau que d'autres moyens qui permettent cette reconnaissance<sup>720</sup>.

En effet, la reconnaissance d'*al-istilhaq* comme mode d'établissement de la paternité repose sur la recherche du moindre indice de l'existence d'un lien de filiation. Aujourd'hui l'ADN est la preuve scientifique par excellence qui permet d'avoir une fiabilité de 99 %, permettant son utilisation dans les affaires criminelles où elle a largement démontré son efficacité pour retrouver des coupables. Il est donc difficile de concevoir qu'elle ne permette pas d'établir un lien de filiation comme cela a été longtemps le cas, entre autres, pour la ressemblance des caractères physiques, qui peut être assimilée dans son principe à une expertise ADN rudimentaire<sup>721</sup>.

On peut en déduire que le juge marocain peut se référer à l'usage de l'ADN comme un moyen pour prouver la filiation car même si la préoccupation de l'islam était et demeure la sauvegarde des *ansab* (la filiation), en accordant la prééminence au mariage dans l'établissement de ces liens, en priorité à tout autre mode de preuve alternatif ayant une portée relative comme la *qiyafa* ou les témoignages, il est désormais indispensable d'encourager le recours à l'expertise ADN par voie jurisprudentielle, du moment qu'il y a discordance autour d'un lien de filiation.

Il est particulièrement urgent que la jurisprudence en vienne à consacrer le principe de recours à l'expertise ADN dans les cas de désaveu de paternité. Le seul mode reconnu devant les tribunaux marocains est actuellement le *li'an*. Trop souvent, en présence d'une expertise ADN allant à l'encontre de sa position, le juge marocain

---

<sup>720</sup> AL SHAMRI Hayder Hussain Kadim, *op.cit.*

<sup>721</sup> <https://alqabas.com/article/38516-مجمع-الفقة-الإسلامي-لا-يجوز-الاعتماد>.

s'obstine à la méconnaître en cas d'action en désaveu de paternité<sup>722</sup>.

Pour justifier ce refus d'accepter l'expertise ADN, le juge invoque systématiquement la conséquence pour la communauté d'une démarche qui tend à valider des actes immoraux. À ses yeux, dans un souci de protection du tissu familial l'idée doit prévaloir qu'il est plus facile d'établir des liens de filiation que de les défaire.

L'utilité historique du *li'an* ou serment d'anathème était de permettre le désaveu de paternité en cas d'absence de témoins<sup>723</sup>. Une partie des exégètes le considéraient comme un témoignage pour celui qui n'a pas de témoin, sur la base d'une interprétation littérale des termes « [...] Le témoignage de chacun d'eux consistera à témoigner quatre fois devant Dieu [...] »<sup>724</sup>. C'est donc de l'acceptation de l'expertise comme forme de témoignage que les *faqih*s modernes débattent aujourd'hui.

Ainsi la partie des *oulémas* qui s'opposent à tout recours à l'expertise ADN en matière de *li'an*, se justifient surtout par la commodité qu'offre le *li'an* parce que son usage entraîne l'annulation de la peine capitale applicable en matière de fornication. Ce groupe d'*oulémas* se base sur les versets coraniques et *hadiths* traitant de ce thème, considérant que l'expertise ADN ne peut pas avoir sa place dans un système de preuve déjà bien établi<sup>725</sup>.

Face à des avis d'hostilité au procédé déjà très tranchés, voire véhéments, le juge marocain peut se référer à d'autres positions, elles aussi défendues par des *oulémas* plus progressistes : à savoir l'incorporation de l'ADN comme un mode de preuve alternatif ou complément au *li'an*. Cette analyse est soutenue par les travaux

<sup>722</sup> Arrêt n° R 658, Cours suprême, 30 décembre 2004, Maroc.

<sup>723</sup> MASSON Denise, « Versets 6 et 9, Sourate XXIV (La lumière) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>724</sup> MASSON Denise, « Verset 6, Sourate XXIV (La lumière) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>725</sup> HARIZI Rima, ZABI Iman, *Li'an wa atar al-basma al-wiratiya fi isqatih* (Li'an et les répercussions de l'ADN sur ce dernier), Mémoire, Université Mohammed Boudiyaf, Algérie, 2017, p. 53.

des *oulémas* tout aussi reconnus que ceux qui le rejettent.

L'argument avancé par eux est que le *li'an* se base avant tout sur le manque de témoins, poussant l'époux et l'épouse à se produire eux-mêmes en qualité de témoins pour leur propre défense. Voilà pourquoi les parties en cause recourent au serment d'anathème : elles y recourent quand elles n'ont pas de preuves à avancer pour leur défense.

Le législateur marocain ayant reconnu depuis quelques années maintenant tout mode de preuve afin d'établir un lien de filiation, l'ADN peut prendre la place des témoins absents et permettre d'établir le lien de filiation sans recourir au *li'an*. Cette solution est d'autant plus pertinente que ce dernier ne repose que sur la présomption de véracité des allégations des parties<sup>726</sup>.

Le juge marocain doit voir l'expertise ADN comme un complément et non comme un substitut des autres modes de preuve dits traditionnels, il doit l'utiliser chaque fois qu'il y a un conflit autour de la filiation car les temps ont changé. Beaucoup de géniteurs sont aujourd'hui prêts à recourir au *li'an* afin d'échapper à leurs responsabilités, et parfois fuir une faute pénale et éviter leur condamnation<sup>727</sup>. Cela renvoie bien naturellement à l'interrogation relative à l'importante question de l'harmonisation du droit pénal et du droit de la famille.

Cette harmonisation trouve sa justification dans la différence des effets juridiques produits par le *li'an* et l'expertise ADN. L'argument des détracteurs de l'expertise ADN est le suivant : le *li'an* permet de soustraire la femme au *hadd* de la fornication, alors que le test ADN affirme ou infirme la filiation de l'enfant sans se

---

<sup>726</sup> **BOUZID** Khalid, *Itbat al-nasab bi' al-toruq al-ilmiya fi qanun al-ousra wa al qanun al-moqaran* (La preuve scientifique de la filiation dans le droit de la famille et dans le droit comparé), université d'Oran, Algérie, 2018, p. 135.

<sup>727</sup> C'est l'avis des *oulémas* qui sont pour le recours à l'expertise ADN. Cependant, encore une fois, ce sont les modalités de ce recours qui diffèrent entre eux. **AL SHAMRI** Hayder Hussain Kadim, *op.cit.*

prononcer sur le sort de la femme<sup>728</sup>. Ainsi le seul moyen dont elle dispose est de convaincre l'auteur de la grossesse d'accepter le mariage, sinon elle est poursuivie pour *zina* et donc pénalement, alors que pour l'homme, il lui suffit de nier l'acte pour échapper à sa punition<sup>729</sup>.

Une harmonisation dans l'utilisation juridique des tests ADN serait un premier pas vers une réforme qui permettrait de sauver des jeunes filles, abusées par les pratiques frauduleuses de leurs partenaires qui leur promettent le mariage ou qui sont victimes d'un viol<sup>730</sup>. La possibilité d'une reconnaissance de filiation hors mariage ayant été déjà actée par le législateur pour les grossesses durant les fiançailles considérées aujourd'hui comme des rapports par *choubha*, cette harmonisation ouvrirait la porte à une réforme d'ensemble pour protéger la femme et son enfant dans tous les cas.

Cette réforme doit cependant nécessairement comporter un certain nombre de phases et doit par exemple impliquer une mise en adéquation de la reconnaissance du test ADN en droit de la famille au même niveau qu'en droit pénal. Cela signifie qu'il faut établir une filiation dès qu'il y a un jugement pénal contre le père biologique, comme l'a décidé le tribunal de Tangerang en 2016<sup>731</sup>. Enfin la prise en considération par le juge des circonstances qui ont conduit à la grossesse doit être privilégiée avant d'orienter le traitement de l'affaire sur le plan pénal. Si sur la base du *fiqh* et du

---

<sup>728</sup> **BEN QOWYA** Samia, « *atar al-basma al wiratiya fi al'li'an :drassa qanuniya fiqhiya* (l'impact de l'expertise ADN étude juridique et théologique) », *Majalat al-bohout fi al-huqoq wa al-ouloum a-siyasiya*, tome 5, n° 01, 2019, p. 200-219.

<sup>729</sup> **ALAMI M'CHICHI** Houria, **BENRADI** Malika, **CHAKER** Aziz *et alii*, *op.cit.*, p. 108 [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>730</sup> Un arrêt consacre ce principe, la Cour suprême a jugé : « Conformément à l'article 152 du Code de la famille, 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, étant donné que les interdits et la filiation sont antinomiques. Les allégations de viol de la demanderesse au moment où elle était mariée n'entraînent pas le rattachement de la grossesse issue de ce viol au violeur ».

<https://www.village-justice.com/articles/etablissement-filiation-paternelle,5252.html>

<sup>731</sup> TPI Tangerang, section tribunal de la famille, jugement 278/16/2012, 16 mars 2016.

positivisme marocain le lien s'établit automatiquement entre l'enfant et sa mère, le test ADN est le seul moyen scientifiquement indiscutable d'établir le lien entre l'enfant et son père.

Pour le juge marocain, le recours à *l'ijtihad* s'impose comme une nécessité, afin de pallier les lacunes juridiques d'un droit qui ne prend actuellement pas en considération l'évolution la société marocaine. Le juge marocain, bien qu'il soit l'héritier d'une tradition juridique bien établie et d'un certain nombre de règles morales assez rigides, doit faire valoir un esprit de pragmatisme et s'imprégner d'une logique égalitaire aux dépens de valeurs ancrées dans la tradition d'une frange du corps social prompt à manifester un mélange de pitié et de mépris pour les personnes qui ont opté pour un mode de vie et des mœurs modernes.

Le juge marocain est devenu, malgré lui, l'incarnation de cette dualité entre le droit positif et le *fiqh* qui reposent sur deux principes opposés dans leurs finalités. L'un prend en effet en considération la communauté dans son ensemble avec comme objectif prioritaire l'application de la règle commune alors que l'autre, relevant d'une vision plus universelle, s'efforce de favoriser systématiquement et par principe une approche individuelle dans le respect de l'esprit de la loi.

Il s'avère que le juge doté d'une formation moderne, quand il est peu enclin à la pratique du *fiqh*, tente de mettre en avant son code moral personnel, dans un cadre juridique plus au moins flou, mais marqué par le positivisme moderne. Une telle situation laisse la porte ouverte aux interprétations théologiques improvisées, sans aménager de place réservée à une grande ligne directrice claire qui devrait pourtant servir à l'ensemble de la magistrature.

Ainsi le juge-*faqih* est souvent livré à lui-même, interprétant à son gré les dispositions de la loi. Il sélectionne dans le *fiqh* des normes qui intègrent davantage son dogme propre qu'une quelconque vision globale de la société. Il se réfère par exemple sans nuance à la notion de « *al walad lil firash* », omettant par la même

occasion le travail jurisprudentiel qui a été fait par la suite, conduisant à reconnaître l'existence d'un lien de parenté dans certains cas où il n'y a pas de contrat de mariage<sup>732</sup>.

Ainsi *l'ijtihad* demandé au juge dans le cadre du droit de la famille, n'est pas un *ijtihad* de répétition littérale ou *taqlid*, mais un *ijtihad* créatif capable d'aller puiser la solution dans les différentes écoles du droit musulman. Aux yeux de nombreux musulmans, l'islam dans ses principes fondateurs impose la recherche de la justice et de l'équité même lorsque celles-ci sont en apparente opposition avec les valeurs morales ou sociales, perpétuées dans la société depuis bien longtemps. C'est l'usage du *taqlid* qui finit par figer la norme juridique du *fiqh*, lui enlevant par la même occasion sa valeur parfois progressiste, parfois féministe, qui l'a pourtant parfois marqué à ses débuts<sup>733</sup>.

Il convient de le souligner que l'état léthargique qu'a connu le renouveau du *fiqh* dans le droit de la famille, au Maroc et dans d'autres pays arabo-musulman, est paradoxalement dû au positivisme introduit par le droit moderne. Ainsi les règles d'interprétation liées au *fiqh*, en l'absence d'une autorité religieuse centralisée pouvant produire une « jurisprudence » commune, comme elle existe pour le droit institutionnel, a longtemps conduit le juge à multiplier les *hiyal* et ruses juridiques, afin d'atteindre ses fins<sup>734</sup>.

La rigidité de l'interprétation du juge provient souvent d'un désir de sauvegarde du statu quo social. Le juge préfère recourir à des solutions vues et revues plutôt que de profiter de la liberté d'interprétation que lui a laissé le législateur. Sur des questions

---

<sup>732</sup> Position notamment soutenue par des penseurs de l'école hanbalite tels que ibn Taymiya et ibn Qayyim Al Jawziyaa.

<sup>733</sup> « Le référentiel charaïque occupe une place importante. C'est ainsi que la jurisprudence se réfère parfois directement au Coran ou à une tradition du prophète Mohammed », **MOULAY RCHID Abderrazak**, « La magistrature marocaine et l'évolution de la *Moudawana* », *Prologues*, n° 9, mai 1997, p. 44.

<sup>734</sup> **ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz et alii**, *op.cit.*, p. 180 [Consulté le 21 octobre 2020].

comme la polygamie il invoque un extrait coranique, d'autant plus clair et précis qu'il est succinct et délivré sans aucune autre considération contextuelle, pour lequel en outre, à ses yeux, l'usage coutumier du passé constitue une validation dispensant de toute réflexion approfondie.

A propos du mariage des mineurs, il invoque la paix sociale, et là encore il valide ses décisions par des pratiques appartenant à un passé révolu. Pour le partage des biens, il se réfère au mode de preuve du droit commun et il balaye d'un revers de la main l'expertise ADN car elle ne correspond pas à sa vision du *fiqh*<sup>735</sup>. Déviant des desseins d'un islam tolérant, juste et égalitaire, tel qu'il est proclamé dans le texte constitutionnel vers une posture dictée par la simple reproduction d'une vision traditionnelle de la société.

L'ambiguïté dans l'attitude des magistrats se matérialise à propos de l'application de l'article 400 du Code de la famille. Cet article demande explicitement au juge de recourir à *l'ijtihad* malékite ou musulman afin de combler les lacunes dans la recherche de la justice, de l'égalité et de la coexistence harmonieuse dans la vie commune, que prône l'Islam, tout en respectant l'ordre public marocain. Quand il se contente d'être le défenseur timoré d'un ordre public réputé islamique au lieu de combler les lacunes du droit existant dans sa recherche de l'harmonie conjugale, de la justice et de l'équité, le juge oublie en quelque sorte l'injonction qui lui est faite et qui constitue le point d'orgue de la loi puisqu'il s'agit de respecter le dernier article du Code de la famille de 2004, et que celui-ci l'engage à une démarche inspirée de l'islam originel, venu, en son temps, renverser un ordre public et apporter une réponse à la soif de justice et d'équité de l'humanité.

---

<sup>735</sup> C'est en tout cas la position qu'a retenue la Cour suprême dans un arrêt de février 2007 où le juge a considéré 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 *fiqh*, 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 », alors que contrairement au Code du statut personnel de 1993 le Code de la famille de 2004 a introduit l'expertise médicale comme mode de preuve de la filiation.

De fait, le plus souvent, le juge fait de cet article, une lecture minimaliste plus moralisatrice que pragmatique, même si de plus en plus d'esprits critiques se manifestent au sein des tribunaux de la famille pour la remettre en cause.

Comme cela se produit souvent dans les organisations hiérarchisées, l'aspiration au changement vient du bas de la société, ce sont les cours d'appel ou la cour suprême qui bloquent l'élan vers la réforme, ce dont témoigne une affaire qui a suscité beaucoup de réactions et d'émotion au Maroc arrivée dans le nord du pays. Dans ce dossier, la cour de Tanger en première instance a reconnu la filiation d'un enfant naturel et a condamné son père au paiement d'une pension alimentaire sur la base des conventions internationales et de la constitution du pays<sup>736</sup> en réalisant une démonstration rigoureuse.

Tordant le droit positif en la matière pour en faire une *hila* juridique, la cour d'appel infirma le jugement en se livrant à une interprétation contraire des textes invoqués par le tribunal de première instance<sup>737</sup>, citant en outre *Ibn Hazm* pour se doter d'une caution théologique<sup>738</sup>. Elle produisit, *in fine*, un argumentaire dénué de bon sens. Pour assouvir son désir de rester fidèle au droit musulman, elle avait pourtant la

---

<sup>736</sup> TPI Tanger, section tribunal de la famille, jugement 278/16/2012, 16 mars 2016.

<sup>737</sup> Ainsi le Juge d'appel considère que l'article 7 de la convention relative au droit de l'enfant n'oblige en rien l'état à garantir ces droits sur la base de la phrase « dans la mesure du possible » existante dans l'article. Pour la nouvelle constitution le juge a considéré « que les droits énoncés par la constitution ne s'appliquent pas à l'enfant qui porte le nom du père, que ce dernier en avait la charge et qu'il a reçu la tendresse qu'un enfant légitime doit recevoir » et pour finir il a considéré que c'est au législateur de trancher la question pas au juge de première instance, **EL HOURRI** Abdelali, « L'enfant illégitime est étranger au père », l'étrange interprétation de la cour de Tanger, *Medias24*, 24 octobre 2017 [Consulté le 30 novembre 2020].

<sup>738</sup> Le juge va ainsi justifier la décision par « La filiation parentale illégitime ne produit absolument aucun des effets de la parenté. L'enfant n'hérite pas de son père, de même que le père n'hérite pas de son enfant. Ce dernier n'a pas de droit sur le père, ni en ce qui concerne la bonne action ni en ce qui concerne la pension alimentaire (*nafaqa*), les empêchements au mariage (*al tahrīm*) ou d'autres droits. Il lui est étranger." Cependant, en amputant la citation de sa fin qui concerne les divergences en matière empêchements entre les exégèses, peut-être de peur de reconnaître qu'il a des différences en la matière, **IBN HAZM**, *Al Muhalla Kitab al mawarīt* (livre des successions), point n° 1744, tome 4 [Consulté le 30 novembre 2020].



possibilité de s'en tenir aux paroles d'*Omar Ibn Al Khattab*, le premier calife à être désigné par le titre d'*Amir Al-Moumimine* « soyez bienveillants à l'égard des enfants nés hors mariage ».

Ainsi le pouvoir d'interprétation du juge est une épée à double tranchant. Le juge marocain est, de par sa formation, un juge de droit positif plus qu'un juge *cadi* de type ancestral et traditionnel, ce qui explique la maladresse qui peut parfois caractériser certaines décisions. Le caractère politisé de la famille pousse les magistrats à se considérer comme des gardiens de la foi et de l'ordre moral public et à rendre des jugements tendancieux. Enfin *l'ijtihad* marocain est comme le reste de l'appareil juridique et judiciaire handicapé par la pénurie de moyens qui caractérise trop souvent le fonctionnement des tribunaux marocains.

## Chapitre 2. L'évidence de l'implication de la société civile marocaine

Aux côtés du législateur et des juges, le processus d'évolution du droit est fortement lié au travail que peuvent accomplir les acteurs sociaux visibles, moins visibles, voire invisibles. Les forces qui participent à cette évolution se présentent sous différentes formes : sommités du domaine religieux, intellectuels ou associations. Ces acteurs, parfois politisés, contribuent significativement à l'évolution de la vie civique et du cadre juridique du royaume, surtout quand les autorités publiques ne parviennent pas à impulser la dynamique nécessaire pour intégrer l'évolution socio-morale dans leurs projets.

Ainsi l'impact de la société civile sur l'évolution du droit est immense. L'idée d'un droit de la famille « confectionné sur mesure » pour la société marocaine a commencé à germer simultanément avec la naissance des mouvements nationalistes<sup>739</sup>. Dès lors, intellectuels et mouvements féministes ont commencé à se préoccuper de la condition de la femme marocaine<sup>740</sup>.

Dès lors, la société civile a joué un rôle important dans les réformes et doit continuer à participer aux futurs débats et réformes. La nomination d'Asma Lamrabet en 2011 comme directrice du centre des Études féminines en Islam au sein de la *Rabita* des *oulémas* du Maroc<sup>741</sup> annonçait d'ores et déjà la tournure que devait prendre le

---

<sup>739</sup> Les mouvements nationalistes marocains ont essayé d'incorporer la femme dans le champ politique. Après avoir participé aux appels lancés par le mouvement de la Nahda, le Parti de *l'istiqlal* va se doter d'une cellule féminine en 1944, pour qu'ensuite en 1946 le parti Démocratique de l'indépendance lui emboîte le pas, **TOBICH** Faiza, *op.cit.*

<sup>740</sup> *Ibid.*

<sup>741</sup> <http://www.asma-lamrabet.com/biographie/francais/>

débat autour du droit de la famille. C'est à l'activisme accru des associatifs et intellectuels marocains que doit revenir la tâche de l'évolution de la réflexion approfondie sur l'évolution du droit (**Section 1**) en vue de la prise en considération des changements dans la société du fait du phénomène contemporain de mondialisation qui entraîne dans sa dynamique la mise en mouvement des hommes et des marchandises, mais aussi celui des valeurs et des cultures dans un échange désormais universel (**Section 2**).

### **Section 1. Le rôle des associatifs et intellectuels dans la mise en œuvre du droit**

Au Maroc, les efforts de la société civile et des intellectuels pour promouvoir une évolution du droit de la famille, ont commencé bien avant l'indépendance par l'intermédiaire de penseurs et de politiciens adhérents au mouvement panarabe qui s'inspiraient de l'expérience égyptienne sur ce thème. Les journées d'information des différents partis politiques étaient devenues une caisse de résonance offerte aux porte-parole des revendications favorables à la cause des femmes.

Mais c'est Allal Al Fassi qui, comme leader emblématique, a donné un écho important à la question des droits de la femme marocaine. Ses revendications s'inscrivirent finalement dans une dynamique plus universelle dans la mesure où ce sont les mêmes problèmes dont souffraient les femmes musulmanes en général, et la femme arabo-amazighe en particulier. Son plaidoyer se focalisait sur la proposition de l'abolition de la polygamie, de la tutelle matrimoniale au profit de la femme majeure et sur la juridicisation du divorce<sup>742</sup>.

Les revendications des mouvements féministes relatives au changement du statut de la femme au sein de la famille n'ont vu le jour qu'à partir des années quatre-vingt. Cette mouvance féministe qui englobait tous les courants de pensée marocains entreprit de questionner le législateur et la société sur la place de la femme et l'iniquité

---

<sup>742</sup> **TOBICH** Faiza, *op.cit.*

du droit de la famille. Mais contrairement à ce qui a pu se produire dans les pays occidentaux, le débat était destiné à demeurer contenu dans un cadre respectueux de la monarchie et de l'islam bien que quelques tentatives aient été menées pour transformer en contestation plus large les remises en cause de la polygamie et des règles de succession<sup>743</sup>.

C'est à ce moment-là que le mouvement féministe commença à influencer sur l'évolution du droit de la famille en pointant du doigt les différents thèmes qu'il fallait aborder pour répondre aux aspirations et exigences de la femme. Afin d'accompagner son rôle nouveau au sein de la société marocaine en constante évolution, il contraignait le législateur à s'en saisir.

- Dans la vulgarisation du code de la famille

Au-delà d'un rôle consultatif, c'est par une véritable contribution à l'élaboration des projets que se caractérise la participation des associations féminines dans la mise en place de la réforme de 1993 et 2004. Même si l'intention du législateur était noble, et un certain nombre de textes portaient en eux des mesures salvatrices pour la femme, le manque de moyens déployés par l'État a projeté ces associations au premier plan pour accompagner et évaluer la mise en place de la réforme.

Afin de toucher le plus grand nombre de personnes dans les zones rurales, les associations furent investies de la mission d'informer et vulgariser toute nouvelle réforme du droit concernant la femme. Celle-ci souvent amazighophone, souffre encore d'analphabétisme et demeure influencée par les usages de soumission patriarcale dans les villages et *douars*<sup>744</sup>, où les seuls moyens d'accès à l'information sont parfois assurés par l'imam de la mosquée locale<sup>745</sup> qui est par ailleurs le seul dispensateur de conseils individualisés.

---

<sup>743</sup> *Ibid.*

<sup>744</sup> Division inférieure au village.

<sup>745</sup> MURGUE Bérénice, *op.cit.*

Le travail d'accompagnement de la réforme par les associations prend d'autant plus d'importance que de nombreuses dispositions nouvelles du texte sont largement incomprises ou suscitent une grande appréhension. La clause de partage des biens acquis durant le mariage ou les textes relatifs à la polygamie ont été perçus par nombre de Marocains comme une atteinte portée à un droit accordé par Dieu auquel nul ne peut porter d'atteinte. Cette intervention est d'autant plus importante que le discours officiel assez timide et parfois évasif sur un certain nombre de questions épineuses n'a hélas pas, quant à lui, fourni les éléments d'explication et de justification susceptibles de vulgariser les nouvelles dispositions sans qu'elles deviennent facteurs d'angoisse collective.

Cette ambivalence de la parole publique est d'ailleurs assez commune, comme l'explique Alia Chamari<sup>746</sup> en faisant le parallèle entre la *Majalla* tunisienne et la *Moudawana* marocaine : « Il est indéniable que la loi tunisienne favorise l'émancipation des femmes, en supprimant les injustices les plus flagrantes de la *Majalla* [...] Cependant, le discours officiel accompagnant ces réformes a toujours insisté sur le fait que la femme ne doit jamais oublier son rôle d'épouse et de mère, qui doit prévaloir au-delà de toute émancipation personnelle<sup>747</sup> ». Le double discours officiel conduit ainsi les associations à intervenir sur le terrain, dans une tentative de clarification pour faire évoluer les mentalités, permettre aux femmes de défendre leurs droits et développer la prise de conscience du principe d'égalité entre homme et femme.

Chacun des acquis juridiques profitant aux femmes est obtenu grâce à la forte mobilisation des associations et à la dynamique qu'elles apportent au débat. Ils ne sont pas le fruit d'une ingérence occidentale ou issus d'un complot extérieur, comme le prétendent parfois les tenants des courants conservateurs marocains. C'est, en réalité,

---

<sup>746</sup> Présidente de l'association solidarité des femmes du Maghreb et de la Communauté européenne.

<sup>747</sup> MASANA Maria Dolors, « La Moudawana, jeux d'ombre et de lumières », *AFKAR*, Dialogues, 2004, p. 114-116.

le travail mené sur le terrain qui permet de relever, une par une, les carences de telle ou telle disposition de la législation.

Souvent, le discours officiel cible une catégorie socioprofessionnelle définie sur la base d'études internationales, alors qu'en ce qui les concerne, les associations sont amenées à intervenir dans ce qu'on appelle le « Maroc profond », où analphabétisme et pression sociale sévissent toujours. Grâce à leurs enquêtes et leur travail sur le terrain, elles parviennent à activer le signal d'alarme, pour que les autorités interviennent afin de sortir de leur isolement ces enclaves où précarité et ignorance dominant.

Parmi les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre du nouveau Code de la famille en 2004 figure l'analphabétisme lié en partie au manque d'infrastructures scolaires, mais surtout perpétué par la pratique parentale consistant à soustraire les enfants de l'école, tout particulièrement les jeunes filles. Cela constitue un facteur majeur d'ignorance du droit et des réformes comme le fait remarquer une bénévole dans une association : « Le pays ne peut pas avancer avec l'analphabétisme, ces gens font sortir leurs filles de l'école après un ou deux ans et elles deviennent ainsi analphabètes, on crée des armées d'analphabètes avec lesquelles on ne peut rien construire »<sup>748</sup>.

C'est ce même analphabétisme qui est en partie la cause et la conséquence de l'explosion du mariage des mineurs, ajoutant à la pauvreté et à la vision de la femme que beaucoup de jeunes hommes ont reçu au cours de leur éducation familiale qui en fait un être ignorant qu'il faut dominer plutôt qu'une partenaire, ce qui conduit à grossir les rangs des jeunes parents malgré eux<sup>749</sup>.

---

<sup>748</sup> BAILLEUL Adeline, op.cit.

<sup>749</sup> « Après avoir interrogé une jeune femme à peine âgée de 18 ans, mariée à l'âge de 15 ans et déjà mère de deux enfants, Saïda confie que la « plupart des personnes interrogées indiquent au début de leur conversation s'être mariée à l'âge de 18 ans, ce qui est loin d'être vrai », *Ibid.*

Le rôle des associations féministes ne peut être ignoré aujourd'hui car, à partir des années quatre-vingt, elles sont devenues une nouvelle force sociale assez influente pour que la monarchie et les politiques leur accordent une certaine attention. Grâce à leur mobilisation, les questions religieuses et tabous deviennent les sujets de débats publics. Ainsi l'explique Rabea Naciri : « Ces associations se sont insérées dans le dialogue entre le saint et le prince qui constituait l'essentiel des traditions politiques ayant toujours prévalu dans le débat sur le statut des femmes et de la religion, participant ainsi à l'émergence de nouveaux espaces politiques et de citoyenneté »<sup>750</sup>.

C'est grâce aux associations féministes que le dialogue social a vu le jour. Le silence des partis politiques a permis aux associations de devenir l'interlocuteur direct du palais et de la monarchie. Par son injonction aux associations de lui adresser directement leurs revendications<sup>751</sup>, le roi Hassan II a permis l'émergence d'un nouveau mode de dialogue entre le lobby associatif et *Amir Al Mouminine*, comme en fait état Mohammed Tozy : « L'irruption de ce nouveau mode d'expression, étranger à la culture politique locale, nouveau foyer de dissidence non contrôlé par le *Makhzen*, va mettre à l'épreuve, une fois de nouveau, la capacité d'adaptation du palais, à un moment où tous les acteurs politiques, à l'exception des islamistes, montraient des signes de malaise vis-à-vis de ce mouvement qu'ils ne soutenaient ni ne combattaient »<sup>752</sup>.

- Dans la réforme du code de la famille

---

<sup>750</sup> NACIRI Rabea, *op.cit.*

<sup>751</sup> « J'ai entendu et écouté tes plaintes au sujet de la *Moudawana* [...]. Sache ma chère fille, femme marocaine, c'est moi qui porte la responsabilité de la *Moudawana* et son application. Réfère-toi à moi [...]. Écrivez-moi il y a discrimination, il y a injustice. [...] je réunirai un groupe d'*Oulémas* à qui je demanderai de me préparer une réponse et de me faire des suggestions sur les points contenus dans vos rapports. Certaines propositions vous seront soumises et si les deux partis parviennent à se mettre d'accord [...] je prendrai alors la responsabilité qui m'incombe en tant qu'*Amir al Mouminine* et en tant que père de famille, mais avant tout en tant qu'*Amir Al Mouminine* », Discours du 41e Anniversaire de la révolution du Roi et du Peuple, 20 août 1992.

<sup>752</sup> TOZY Mohammed, *op.cit.*, p. 250.

C'est grâce au travail effectué par les associations qu'ont abouti les révisions de plusieurs questions annexes du droit de la famille. La forte mobilisation associative qu'a connu le Maroc avant et après la promulgation du texte législatif de 2004 a permis d'insérer de nouvelles dispositions dans la réforme du code de la nationalité. Elle a également, et surtout, conduit à la levée des réserves que le Maroc avait émises en ratifiant la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes en 2011, simultanément avec l'adoption de la nouvelle constitution et l'introduction dans celle-ci du principe d'égalité entre hommes et femmes<sup>753</sup>.

De fait, les associations apportent une dynamique nouvelle au débat relatif aux droits des femmes. Aujourd'hui, seize ans après la réforme de 2004, les associations féministes marocaines se sont mobilisées en vue de dresser un état des lieux des questions à traiter en urgence et en profondeur, afin d'aboutir à une réforme efficace et complète.

Leur inquiétude demeure que le législateur voulant mettre un terme au débat, se contente d'une réforme superficielle et hâtive, comme le précise Latifa Jbabdi : « [...] Pour nous l'essentiel et de savoir si la révision portera sur un changement global et profond du code. Car nous craignons des retouches ici et là et sans conséquence sur les droits de la femme »<sup>754</sup>. C'est cette crainte-là qui pousse les associations à s'unir afin d'uniformiser leurs revendications et constituer un bloc militant face au législateur, pour éviter la réitération de l'expérience vécue dans les années 1980 et 1990 et qui ont conduit aux deux précédentes réformes du Code de la famille.

Fortes des enseignements du passé, les associations féministes ont repris de nouveau la lutte en usant des mêmes méthodes éprouvées qu'elles avaient mises en œuvre pour se faire entendre durant l'élaboration de dernières réformes. En 2001, un

---

<sup>753</sup> **NACIRI** Rabéa, « Le mouvement des Femmes au Maroc », *Nouvelles questions féministes*, février 2014, vol. 33, p. 46-64 [Consulté le 6 décembre 2020].

<sup>754</sup> **BELOUAS** Aziza, *op.cit.*



certain nombre d'entre elles se regroupaient dans un collectif qu'elles avaient nommé « le Printemps de l'égalité ». Il avait pour but de lutter contre la banalisation de la cause féminine et de faire apparaître un nouvel interlocuteur sur la scène sociopolitique marocaine<sup>755</sup>. La création d'une commission et le rôle qui lui fut donné par le roi du Maroc constituèrent une consécration de la revendication de représentativité des associations<sup>756</sup>.

Aujourd'hui cet élan associatif connaît un renouveau afin, tant bien que mal, de relancer un débat sur les questions pendantes relatives au Code de la famille, comme cela fut le cas dans les années 2000, où grâce à une médiatisation sans précédent les associations avaient pu animer le débat dans l'espace public, conduisant à un réel questionnement sur la condition de la femme, dans la société marocaine.

La nouveauté de la situation actuelle par rapport à celle des années postérieures à 2004 et qui témoigne des évolutions en cours est que le mouvement féministe marocain a trouvé une alliée de taille dans la personne de Lalla Meryem, sœur de roi Mohammed VI et présidente de l'Union nationale des femmes du Maroc, qui a rappelé que son statut de princesse n'est pas en conflit avec son rôle de militante engagée au côté des autres femmes pour l'amélioration de leurs droits ainsi que des droits de l'enfant<sup>757</sup>.

Elle défend les aspirations de nombreux Marocains et de leur souverain à ce que la femme au Maroc accède à un statut d'égalité identique à celui qu'elle connaît dans les pays les plus avancés en la matière. Elle n'omet pas la mise en lumière de problèmes juridiques récurrents au Maroc, à savoir l'insuffisance des moyens,

---

<sup>755</sup> ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz *et alii*, *op.cit.*, p. 69 [Consulté le 21 octobre 2020].

<sup>756</sup> ROUSSILLON Alain et ZRYOUIL Fatima-Zahra, « À l'ombre de la *Moudawana* : statut et conditions des Marocaines », *Être une femme en Égypte, au Maroc et en Jordanie*, Centre Jacques Berque, Caire, 2006, p. 79-105.

<sup>757</sup> « Condition de la femme : Lalla Meryem suggère d'adresser un mémorandum au Roi Mohammed VI », *Media24*, 8 mars 2018 [Consulté le 7 décembre 2020].

l'isolement familial et social total de certaines femmes, et la fébrilité dans laquelle ce contexte les plonge lorsqu'il s'agit de défendre leurs droits<sup>758</sup>. Voilà pourquoi elle a appelé les associations féministes à dresser un mémorandum à l'intention du Roi afin de lister les carences du texte de loi et les insuffisances mises à jour par son application.

Grâce à ce mémorandum, la lutte pour la rénovation du droit de la famille a connu un grand renouveau car nombreuses sont les failles dans le texte qui ont soulevé l'indignation des associations féministes. L'une des revendications du milieu associatif est la révision du dispositif sur l'âge minimum de 18 ans pour le mariage, qui laisse la porte ouverte au pouvoir discrétionnaire du juge.

Malgré les efforts déployés par les associations dans le but de vulgariser le texte de loi et d'atteindre le maximum de régions dans le pays, l'analphabétisme latent dans beaucoup de territoires n'a pas permis l'assimilation du nouveau dispositif. Le mariage des mineurs est resté monnaie courante, en plus du mariage coutumier célébré en dehors du cadre légal comme le signale Hicham Houdaïfa, qui continue malheureusement à se maintenir grâce à l'utilisation abusive des fameux articles 16 et 20 du Code de la famille<sup>759</sup>.

Le milieu associatif considère que ces deux articles sont devenus la norme. Même si les circonstances de leur activation sont différentes, leur finalité est la même. Souvent motivé par des facteurs économiques, dans un environnement de précarité sociale et d'analphabétisme, l'homme de la maison<sup>760</sup> use du pouvoir et du « devoir de protection » que lui reconnaît la tradition, pour marier la personne mineure avec une connaissance ou avec un résident à l'étranger. Le mariage se conclut avec une forte

---

<sup>758</sup> *Ibid.*

<sup>759</sup> « Sans oublier les mariages coutumiers, contractés par simple lecture de la Fatiha, qui sont monnaie courante dans le Maroc profond malgré les rappels à l'ordre de l'État », LAMLLI Nadia, « Maroc : Le deuxième âge de la *Moudawana* », *Jeune Afrique*, 17 mars 2016 [Consulté le 7 décembre 2020].

<sup>760</sup> Père, frère, oncle, cousin.

somme comme le révèle une récente étude d'envergure<sup>761</sup>.

L'absence de statistiques officielles empêche malheureusement l'évaluation de l'impact réel de ces pratiques sur la démographie des régions, le développement socio-économique ou le système de santé. En l'absence de données fiables, les associations demeurent le seul relai d'information. Ainsi les enquêtes qui sont faites révèlent que 73,04 % des mineures mariées ne sont pas satisfaites de leur condition, avec une acceptation plus ou moins passive en milieu rural, due peut-être au caractère bien établi du système patriarcal<sup>762</sup>.

Le mariage des mineurs apparaît encore comme un usage tenace, adossé au vide juridique qui permet au juge d'autoriser le mariage. Certains magistrats procèdent ainsi afin de fournir au mineur une protection légale car ils estiment que le mariage aura de toute façon lieu, avec ou sans leur autorisation. L'insistance de la femme, qui peut recourir à la *Fatiha* à tout moment, pour s'unir coutumièrement est aussi de nature à le faire plier en faveur du mariage<sup>763</sup>.

Pour combattre ces pratiques, les associations féministes réclament la suppression de l'article 16 et la réforme de l'article 20, afin de lui restituer un statut d'exception. À leurs yeux, si l'article 20 n'est pas aboli, doit s'accompagner de garde-fous qui encadrent son application<sup>764</sup>. Cette revendication, tout à fait légitime, ne vise qu'à légaliser le consensus répandu entre les magistrats pour fixer à 17 ans l'âge minimum pour les dérogations. Il y a en effet encore parfois des mariages autorisés en

---

<sup>761</sup> **BELOUAS** Aziza, « Mariage des mineures : 82 % des 45.786 demandes formulées ont été autorisées entre 2007-2018 », *La Vie éco*, 7 mars 2020 [Consulté le 8 décembre 2020].

<sup>762</sup> « Le mariage des mineures, ce fléau qui inquiète », *Le Matin*, 6 mars 2020 [Consulté le 8 décembre 2020].

<sup>763</sup> La voix de la femme amazighe, *Le mariage des filles mineures au Maroc : étude diagnostic du phénomène de mariage des filles mineures entre législation, jurisprudence et pratique : cas des filles de la province d'Azilal*, Étude, 2017, p. 70.

<sup>764</sup> **BELOUAS** Aziza, *op.cit.*

dessous de cet âge, à 14 ans par exemple<sup>765</sup>.

Il est donc urgent aujourd'hui d'incriminer le mariage des mineurs organisé en dehors du cadre légal et qui bénéficie d'une légalisation postérieure. Cette procédure laisse la porte ouverte à la poursuite des unions coutumières dans les formes du passé. Si les mariages préalablement présentés devant le juge en vue de la délivrance d'une dérogation, peuvent être quantifiés, contrôlés et refusés, les mariages coutumiers quant à eux, sont les plus dangereux pour la personne mineure ainsi que le souligne Hicham Houdaïfa : « [...] Dans les villages du Moyen Atlas et du Haut Atlas comme dans de petites villes du Maroc profond, père, mère, autorités locales et juges continuent à marier des filles âgées de treize, quatorze ans [...] Ces mariages sont souvent le fruit de la pression familiale accompagnée parfois de violence, et dans laquelle souvent tout le monde est complice, même les autorités publiques »<sup>766</sup>.

Selon les associations, le seul moyen de mettre fin à cette pratique est la pénalisation du mariage d'un mineur et l'abolition non seulement de l'article 20 du Code de la famille mais aussi de son article 16 dont il était initialement prévu qu'il devienne caduc cinq ans après son entrée en vigueur. Un délai que le législateur n'a cependant pas arrêté de proroger, contribuant ainsi à la persistance des unions de mineurs et de la polygamie impliquant très souvent des mineures<sup>767</sup>.

Les associations dénoncent la prorogation de l'article 16 comme l'un des facteurs responsables du maintien de la polygamie dans le pays. Depuis le durcissement de la procédure permettant de la conclure, les femmes sont souvent victimes de chantage, de violences physiques ou morales, voire de manipulations frauduleuses, comme le rapporte Khadija Rabbah : « Ils désertent la ville où ils vivent

---

<sup>765</sup> La voix de la femme amazighe, *op.cit.*, p. 57.

<sup>766</sup> HOUDAÏFA Hicham, *Dos de femme, dos de mulet : les oubliées du Maroc profond*, En toutes lettres, Casablanca, 2015, p. 59.

<sup>767</sup> « En dix ans, la *Moudawana* a tout changé, mais les féministes veulent aller plus loin », *Le matin*, 8 février 2014 [Consulté le 8 décembre 2020].

avec leurs épouses, se font une adresse dans une autre, dans le seul but d'avoir droit à un certificat matrimonial vierge »<sup>768</sup>.

Mais la technique de fraude la plus répandue est l'usage de l'article 16 du Code de la famille : le mari recourt au mariage coutumier, avant de se présenter ensuite devant le juge afin qu'il valide le mariage et le reconnaisse, contribuant de la sorte à ce que la polygamie perdure et donne l'image d'une société rongée par l'injustice et l'iniquité vis-à-vis des femmes.

Si les statistiques officielles signalent souvent une stabilisation des mariages polygames, elles ignorent souvent les unions polygames issues des décisions de reconnaissance de mariage<sup>769</sup>. Malgré la mauvaise foi, souvent flagrante, du mari, le juge accepte de reconnaître le mariage et de le valider, marquant sa volonté de rechercher le moindre mal, ou tout simplement parce qu'il considère que le vœu d'avoir un héritier mâle est un motif suffisant pour autoriser la polygamie<sup>770</sup>.

La fraude dans l'usage de ce texte est telle que la demande de son retrait devient légitime. Comme le démontrent les rapports des ONG, la précarité et la déstructuration sociale que la polygamie engendre sont plus dévastatrices pour la société, que les soi-disant bienfaits que les pro-polygamie peuvent invoquer, se cachant prioritairement derrière l'argument selon lequel « s'il y avait du mal dans cette dernière, Dieu, l'aurait interdite »<sup>771</sup>. De plus, même si la loi y donne droit, le divorce dans de tels cas n'est jamais facile à obtenir, en raison de la pression sociale et familiale qui pousse les femmes à accepter le fait accompli contre quelques vaines promesses.

Il est important de mesurer les répercussions dévastatrices d'une telle

---

<sup>768</sup> MIDECH Jaouad, *op.cit.*

<sup>769</sup> BELOUAS Aziza, *op.cit.*

<sup>770</sup> Cour de Cassation, Arrêt n° 331, dossier 2015/1/2/276, 23 juin 2015 ; **Association démocratique des femmes du Maroc**, *Rapport des ONG relatif aux droits des femmes au Maroc*, Rapport, p. 7 [Consulté le 2 décembre 2020].

<sup>771</sup> MIDECH Jaouad, *op.cit.* ; voir *supra*.

application de l'article 16 du Code de la famille qui permet qu'une relation maritale s'instaure dans le cadre d'un mariage coutumier dont la jeune fille connaît plus ou moins le caractère précaire en attendant la reconnaissance légale du mariage. Dans ce laps de temps, l'épouse, souvent mineure, est littéralement à la merci de son présumé mari dans la mesure où juridiquement elle ne dispose d'aucun droit ni pour elle ni pour son enfant.

Lorsqu'elle a un enfant voire plusieurs enfants issus de cette union, elle subit une domination psychique favorable à son exploitation et à son humiliation de la part de l'époux coutumier. Cette situation la conduit en cas d'échec de l'union au statut de mère célibataire, communément perçu de manière péjorative par la société et se voit assignée par la justice un statut de coupable de fornication et non de victime.

La question des filles-mères ou mères célibataires est un sujet de débat récurrent. Dans un pays où il y a un environ 50.000 naissances hors mariage par an<sup>772</sup>, la situation des mères célibataires reste désastreuse et triste. Le droit pénal et le droit de la famille les condamnent à une sorte de damnation qui les met au ban de la société avec toutes les répercussions que cela peut avoir sur la mère et l'enfant, telle la précarité, la violence de la société et l'exploitation de ces femmes et enfants dans le cadre de réseaux criminels.

Contrairement à l'idée reçue, les filles-mères sont souvent victimes de l'article 16 du Code de la famille, de viol ou de promesse de mariage non tenue. Malgré les réformes, leurs droits les plus basiques ne sont toujours pas reconnus. Malgré la reconnaissance de l'expertise médicale par le Code de la famille de 2004, la victime de viol ne peut en bénéficier<sup>773</sup>. Le silence du code permet au juge de ne pas y recourir, confortant le mépris qu'il nourrit à l'endroit des jeunes filles qui se trouvent dans cette

---

<sup>772</sup> **KADIRI** Ghalia, « Être mère célibataire au Maroc, un long calvaire », *Le Monde*, 16 mars 2018 [Consulté le 10 décembre 2020].

<sup>773</sup> **ASSOCIATION 100% MAMANS**, *Étude juridique 100 % Mamans*, Étude, p. 13.

situation et aspirant à ne pas au surplus encourager la débauche<sup>774</sup>.

Sous l'angle pénal, la délicatesse de la situation de ces filles-mères n'est pas moindre. Non seulement elles risquent la prison pour relation hors mariage, mais aussi en cas d'avortement clandestin, ce qui demeure un recours malgré tout assez fréquent<sup>775</sup>. Évidemment, la menace qui pèse sur les mères célibataires du fait de la pression sociale et de la législation répressive ne peut être qu'un facteur incitatif à l'abandon de nouveau-né et à l'infanticide, phénomènes d'une ampleur constante au Maroc.

C'est dans ce contexte que les associations spécialisées sur la question des mères célibataires ont mené avec acharnement une lutte pour un changement d'attitude du législateur et de la loi. Grâce aux efforts de Aïcha Ech-chenna et avec le soutien du roi Mohammed VI, un projet de loi pour l'autorisation partielle de l'avortement a été introduit devant le parlement en 2015<sup>776</sup>. Il est cependant resté sans suite, à cause notamment de l'attachement du gouvernement au « référentiel islamique » du pays<sup>777</sup>.

À cause de cette stagnation législative, le droit de l'enfant issu d'une relation hors mariage reste en totale contradiction avec les engagements du Maroc au niveau international et aussi vis-à-vis de la nouvelle constitution qui garantit l'égalité des droits et obligations à tous les citoyens sans distinction se rapportant à ses origines<sup>778</sup>.

Les associations dénoncent le silence du législateur sur une question dont la teneur humanitaire ne saurait échapper à personne et qui, avec cynisme, condamne à

---

<sup>774</sup> INSAF, *op.cit.*, p. 88.

<sup>775</sup> « Cela ne règlera pas le problème des 600 à 800 avortements clandestins quotidiens. » CHRAÏBI Chafik, PERRIN Dominique, « Aïcha Ech-Chenna, celle qui a permis de légaliser l'avortement au Maroc », *Elle*, 2015 [Consulté le 10 décembre 2020].

<sup>776</sup> <https://www.amnesty.fr/actualites/maroc-mere-courage>.

<sup>777</sup> HADNI Dounia, « Où en est le droit à l'avortement au Maroc », *Libération*, 1<sup>er</sup> février 2020 [Consulté le 10 décembre 2020].

<sup>778</sup> ASSOCIATION 100% MAMANS, *op.cit.*, p. 12.

l'oubli une partie de la société marocaine, voire au crime et à la précarité. Pourtant, Aicha Ech-chenna n'a cessé d'interpeler les parlementaires afin de les inciter à amender les textes en vigueur avec des lois ayant pour but de protéger ces enfants et leur rendre un peu d'estime, au moins au niveau légal<sup>779</sup>, mais en vain.

Restée pendante, la question relative à la succession fait partie des thèmes désormais fréquemment abordés par les associations de défense des droits de la femme. Extrêmement sensible, elle est jugée comme affectant directement au référentiel islamique. Sa complexité tient aussi aux positions divergentes des associations féminines. Néanmoins, au cours de ces dernières années, elles la relancent avec insistance dans le débat public et en appellent à l'instauration de l'égalité successorale entre l'homme et la femme.

Cette demande de réforme tire sa légitimité de la précarité que le droit successoral marocain génère à l'égard des femmes. Les détracteurs de la volonté de réforme accusent à nouveau à ce propos les associations féministes de vouloir porter atteinte à un droit divin. Ils soutiennent que le droit des successions actuel se justifie par la fonction protectrice dévolue au père et au mari au sein la famille.

Cependant, l'absence de données statistiques en la matière sur la situation des femmes des classes les plus défavorisées, laisse présumer l'existence d'un mal silencieux qui jette beaucoup de ces personnes dans la précarité, surtout dans un Maroc où 46 % d'entre elles sont sans scolarisation, sans métier ou dans une activité informelle<sup>780</sup>.

---

<sup>779</sup> « J'ai l'impression que nos responsables ne sont pas préoccupés par le futur de ces enfants qui seront les adultes de demain. Je n'ai jamais vu un parlementaire plaider pour les droits des enfants nés hors mariage ou bien lancer une enquête sur le sujet. Nos élus sont aussi les représentants de la nation, leur rôle n'est pas seulement de voter des lois, mais aussi de nous protéger », **EL KHAMLI**CHY Yasmine, « Mères célibataires : pour Aicha Chenna, « il faut arrêter de se voiler la face ! », *Maroc Diplomatique*, 11 février 2020 [Consulté le 20 février 2020].

<sup>780</sup> [https://www.lepoint.fr/economie/maroc-pourquoi-l-inegalite-homme-femme-devant-l-heritage-doit-cesser-page-2-16-04-2018-2211040\\_28.php#xtatc=INT-500](https://www.lepoint.fr/economie/maroc-pourquoi-l-inegalite-homme-femme-devant-l-heritage-doit-cesser-page-2-16-04-2018-2211040_28.php#xtatc=INT-500)



Ainsi le CNDH a souligné dans un rapport la persistance de l'inégalité au sein même du nouveau Code de la famille. Il met en relief le décalage entre les obligations de la femme dans le cadre familial et ses droits, et tout particulièrement en matière successorale. Il vise les dispositions qui obligent la femme à contribuer aux charges du ménage, surtout si l'époux est en difficulté, mais simultanément ne reconnaissent pas son égalité en matière successorale<sup>781</sup>.

Le même rapport fustige aussi la violence que peuvent engendrer les questions successorales au sein des familles, surtout parmi celles qui sont les plus attachées à la détention de terres. Les femmes y sont souvent victimes de chantage ou de pressions afin de les contraindre à céder leurs parts successorales à un parent mâle, sous prétexte de sauvegarder la terre et les biens dans la famille.

Malgré la nouvelle loi concernant la transmission des terres des *soulaliyat*, les abus sont fréquents. Cette loi reste en effet très vague et même si elle accorde l'usufruit à l'homme et la femme sur les terres collectives, elle n'évoque pas d'égalité entre homme et femme lors du partage. Malgré les recommandations des associations pour l'intégration de la notion d'égalité dans le texte, le législateur a omis de le faire<sup>782</sup>.

Les associations font le constat que le droit des successions au Maroc se trouve en discordance avec l'esprit de la nouvelle constitution qui reconnaît l'égalité entre l'homme et la femme. De ce fait, il contribue à maintenir nombre de femmes dans la pauvreté, la précarité et la dépendance économique et sociale<sup>783</sup>.

Sur la base d'une interprétation de l'islam patriarcal, qui ignore l'évolution du principe d'égalité à l'échelle de l'humanité et ne prend pas en considération le

---

<sup>781</sup> NACIRI Rabéa, *État de l'égalité et de la parité au Maroc*, Rapport, CNDH, 2015, p. 14.

<sup>782</sup> IRAQI Fahd, « Maroc : pourquoi Ivanka Trump salue-t-elle la réforme sur l'héritage des terres *soulaliyates* ? », *Jeune Afrique*, 20 août 2019 [Consulté le 11 décembre 2020].

<sup>783</sup> NACIRI Rabéa, *op.cit*, p. 14.

développement socio-économique qu'a connu le monde arabo-islamique et surtout le Maroc. Il oublie, par la même occasion, le fond même du principe successoral en islam, à savoir l'équité, un principe qui a donné les versets coraniques relatifs aux successions, mais aussi des innovations introduites par la suite telles que « *hak kad wa say* ».

- L'influence des Intellectuels

Les revendications des associations s'inspirent des travaux d'intellectuels marocains ou bien sont appuyées par ces derniers. L'appel des intellectuels pour un droit de la famille marocaine moderne remonte à la fin du protectorat. Le premier qui s'intéressa à la condition féminine en tant que telle, ce fut Allal El Fassi, qui s'employa à dresser un tableau de la condition de la femme dans la société marocaine de son temps.

Apportant des propositions de solutions aux nombreux problèmes que rencontrait la femme dans la société, ses écrits restent marqués par une approche traditionnelle de la femme et de la famille. Néanmoins ses prises de position à l'égard de la polygamie, de la tutelle matrimoniale à l'encontre de la femme majeure et le contrôle judiciaire des divorces font qu'il a été véritablement le premier à invoquer l'idée d'une modernisation dans le cadre d'un islam rénové au Maroc<sup>784</sup>.

Malheureusement, ses recommandations n'ont pas trouvé écho dans le Code de statut personnel de 1958, car celui-ci avait avant tout un but politique<sup>785</sup>. S'il visait à donner un cadre de vie commun aux Marocains, c'est en mettant fin aux pratiques locales que les panarabes considéraient comme contraires à l'islam pour favoriser l'émergence d'un Maroc moderne, avec une perception des priorités sociales partagée par Allal El-Fassi<sup>786</sup>.

---

<sup>784</sup> **TOBICH** Faiza, *op.cit.*

<sup>785</sup> **NACIRI** Rabea, *op.cit.*

<sup>786</sup> Ainsi Allal El Fassi considérait que l'État se devait de combattre ce qu'il nommait *urf' barbari* (la coutume berbère), pour la mise en place d'un État solide et uni.

Contrairement aux associations qui traitent des problématiques féminines de manière générale, les intellectuels marocains ont tendance à concentrer leur attention sur des sujets déterminés. Ainsi les questions portées le plus souvent au débat sont souvent les mêmes, droit des successions, polygamie, dépénalisation de l'avortement et des relations hors mariage<sup>787</sup>.

Sur l'ensemble de ces sujets, la voix qui résonne le plus aujourd'hui est celle d'Asma Lamrabet. Pionnière d'un féminisme islamique à la marocaine, elle essaye de proposer une compréhension des versets coraniques à la lumière de la modernité. Elle apporte une contradiction argumentée à la lecture traditionaliste qu'elle juge patriarcale et contraire à l'esprit primordial de l'islam, qui est à ses yeux fondée sur la recherche de l'équité dans un contexte de conformité aux coutumes et traditions locales.

Ainsi, elle essaye de démontrer que le droit de succession musulman a été fortement influencé par la compréhension du principe *qiwama* par les *oulémas*. Un principe qui selon elle, régit tous les rapports entre les hommes et les femmes dans la société musulmane et au Maroc de façon générale. Se focalisant sur le principe de la *qiwama*, les juristes musulmans ont laissé de côté le caractère essentiel des récits concernant la révélation des versets coraniques relatifs aux successions, à savoir insuffler l'équité et la justice au droit tribal de l'époque<sup>788</sup>.

Ainsi Asma Lamrabet se positionne pour un droit moderne et laïque en matière de famille. En admettant la nécessité de l'imprégner de l'esprit de l'islam, mais en donnant plus de valeur au fond des versets et moins aux textes eux-mêmes. Au travers de ses écrits elle s'efforce de démontrer qu'aujourd'hui le droit marocain devrait être

---

<sup>787</sup> A la suite de la condamnation de la journaliste Hajar Raissouni le collectif « Hors-la-loi » a vu le jour et il regroupe un certain nombre d'intellectuelles marocaines.

<sup>788</sup> <http://www.asma-lamrabet.com/articles/l-heritage-relecture-des-versets/>

respectueux du changement social du pays qui met parfois les femmes en situation de chef de famille, ce qui rend nécessaire d'abolir le principe de *qiwama*.

Une autre prise de position remarquable est celle de son interprétation de la polygamie, et son plaidoyer pour son abolition. Selon elle, la polygamie telle qu'elle est présentée dans le Coran est une pratique justifiée par les guerres et le caractère violent de la société tribale en Arabie au moment de la prédication. Dès lors que la femme est une prise de guerre et que l'orpheline est plutôt convoitée pour son héritage, l'islam se devait de leur apporter une forme de protection. Dans sa réflexion, la polygamie constitue une avancée protectrice dans le cadre de la société bédouine de l'époque.

L'élan d'émancipation islamique de la femme devrait donner automatiquement lieu à l'instauration de l'égalité homme-femme et aussi à l'abolition de la polygamie, qui selon elle, encore une fois, ne peut plus être justifiée désormais<sup>789</sup>. Dès lors, pour l'intellectuelle, la lecture du Coran et des *hadiths* avec un esprit de modernité s'impose d'elle-même au législateur qui doit adapter l'esprit de ses dispositions au contexte marocain pour en établir le droit.

La prise de position islamique et moderne de Asma Lamrabet, en fait l'une des grandes figures d'un islam moderne qui construit son évolution dans la fidélité aux injonctions morales du message coranique. C'est ce travail difficile sur « les questions qui fâchent » qui a poussé le Roi du Maroc à la nommer directrice du Centre des études féminines en islam en 2015<sup>790</sup>. Mais sa démission en 2018 à cause de divergences d'opinions avec d'autres *oulémas* notamment en relation avec le thème de l'égalité homme-femme en matière d'héritage, a relancé le débat de façon publique et a contribué à lui apporter le soutien d'une partie des intellectuels marocains.

---

<sup>789</sup> <http://www.asma-lamrabet.com/articles/le-prophete-de-l-islam-et-les-femmes-une-histoire-a-relire/>

<sup>790</sup> « Asma Lamrabet, Directrice du Centre des études féminines en Islam », *Jeune Afrique*, 2 avril 2015 [Consulté le 14 février 2020].

Le débat sur l'instauration future de l'égalité successorale entre homme-femme revient périodiquement au-devant de la scène intellectuelle marocaine. En 2017, la polémique a été soulevée par les propos de Abou Hafs, prêcheur ex-salafiste. Par sa contribution, dans l'ouvrage *L'héritage des femmes*, il se voulait plus équitable envers ces dernières. Pour lui, le droit marocain doit reconnaître l'égalité successorale de la femme, comme il lui reconnaît l'indépendance financière, ce qui doit permettre avec d'autres facteurs d'élargir les droits de plus en plus de femmes par l'évolution de la jurisprudence coutumière<sup>791</sup>.

Sur les plateaux de débats télévisés, l'intellectuel soutient la thèse que la question des successions en islam est complexe et que plutôt de vouloir l'embrasser dans sa généralité à l'échelle du monde musulman, il convient donc de tenter de la traiter et de la résoudre dans un cadre national. Il suggère qu'il importe certes de se baser sur une exégèse des textes apportés par l'islam, mais qu'il est indispensable d'adopter une approche plus scientifique, en prenant en considération les nouvelles sciences sociales. Il appelle, ainsi, le législateur à adopter une certaine forme de rationalité dans sa démarche, tout en reconnaissant par la même occasion que la question demeure singulièrement compliquée, ardue.

Face aux critiques qui invoquent, contre la proposition de révision du droit successoral, la clarté et la précision sur ce thème des références religieuses et qu'il s'agit de « *nossos qati'ya* », il rétorque que ceux-ci ne doivent durer dans le temps que si les conditions initiales de leur mise en œuvre demeurent réunies. Pour lui, l'enseignement coranique des versets relatifs à la succession doit se comprendre dans leur contexte. Il se prononce en suivant le raisonnement suivi à propos de la compréhension du verset de la peine du vol ou des versets en matière de guerre, qui est influencée par l'évolution du droit international positif.

---

<sup>791</sup> CRETOIS Jules, « Maroc : « l'héritage des femmes », un livre pour relancer le débat sur l'égalité homme-femme en matière de succession », *Jeune Afrique*, 3 mai 2017 [Consulté le 15 décembre 2020].

Avec cette approche, il rejoint la cohorte des intellectuels du monde musulman qui appellent à une relecture des textes dans un contexte contemporain. Son analyse se fonde sur la conviction qu'une réforme du droit des successions ne porte en aucun cas atteinte au corpus de la *chari'a*. A ses yeux, celle-ci a comme finalité un message intemporel et transcendant dont l'interprétation littérale, prisonnière de l'espace-temps contextuel n'est que la gangue entourant le diamant.

La prise de position d'Abou Hafs permet aux associations d'afficher le soutien d'un théologien dans les questions relatives aux droits de la femme, en matière d'héritage, ce qui constitue une question taboue par excellence comme lui-même l'a reconnu. Bien que son intervention publique lui ait valu des représailles d'une organisation *d'oulémas* ainsi que des menaces de mort, elle s'inscrit dans un mouvement qui touche désormais une large frange de la société marocaine<sup>792</sup>.

Le débat sur la nécessité d'établir un principe d'égalité en matière d'héritage dans le droit marocain cristallise les tensions idéologiques sur la scène nationale. Il occupe de plus en plus l'espace médiatique, où conservateurs et libéraux se livrent à des joutes verbales afin d'appuyer leur cause auprès de la population qui persiste malgré tout dans une grande réserve et paraît plutôt fermée à toute idée de réforme portant sur les successions<sup>793</sup>.

Conscients que le droit des successions marocain ne peut pas être réformé tel un bloc, les intellectuels et représentants des associations féminines se sont attaqués à la question du *tasib'* qui relève du *fiqh* et de *l'ijtihad*. La société civile s'est mobilisée afin de lui apporter son soutien et une centaine d'intellectuels marocains ont signé une pétition appelant à l'abrogation du *tasib'*<sup>794</sup>.

---

<sup>792</sup> <https://www.lecourrierdelatlas.com/maroc-heritage-un-debat-qui-divise-la-societe-marocaine-20002/>

<sup>793</sup> « [...] 87 % de Marocains (hommes et femmes) continuent de s'opposer à l'égalité des sexes en matière d'héritage... », [https://www.francetvinfo.fr/monde/afrique/societe-africaine/maroc-les-femmes-pourront-elles-bientot-heriter-comme-les-hommes\\_3054947.html](https://www.francetvinfo.fr/monde/afrique/societe-africaine/maroc-les-femmes-pourront-elles-bientot-heriter-comme-les-hommes_3054947.html)

<sup>794</sup> **ZERROUR** Laila, « Héritage : une centaine d'intellectuels appelle à l'abrogation du *ta'sib* »,

Cette règle qui n'a rien de coranique est perçue par les signataires comme contraire à l'esprit de la révélation divine. C'est en s'appuyant sur cette analyse que les intellectuels ont demandé sa suppression, motivée en outre par ses effets sociaux : « Il précarise les femmes les plus pauvres, il oblige de nombreux parents à céder leurs biens, de leur vivant, à leurs filles, et enfin, il est un pur produit du *fiqh* et n'obéit pas à un commandement divin »<sup>795</sup>.

Cette prise de position de la part des intellectuels marocains traduit la volonté qu'ils ont d'influencer toute future réforme du Code de la famille. Leur volonté est d'apporter plus de justice à la femme marocaine et de mettre fin à l'interprétation patriarcale dont souffre ce *corpus* tel qu'il a été adopté en 2004. Il vise à libérer d'une certaine manière l'islam du piège que lui tendent les conservateurs en lui assignant un rôle de défenseur de coutumes archaïques.

Ainsi, contrairement à l'idée qui est répandue et défendue par les conservateurs, les intellectuels libéraux et les associations ne cherchent pas à enlever au droit marocain sa spécificité islamique. Bien au contraire, ils visent plutôt à replacer le débat sur un autre niveau de réflexion, en s'interrogeant sur ce qu'est la fidélité au message de l'islam en cas de renonciation à l'interprétation littérale des textes imposée par une tradition gardienne de l'archaïsme social.

Maintenant que le débat est lancé, les intellectuels se sont joints aux associations afin de pouvoir faire avancer la question des droits de la femme au Maroc qui est devenue une cause d'amplitude nationale qui impacte directement le droit de la famille. Grâce à la désacralisation de ce droit et sa juridicisation, de plus en plus de voix s'élèvent afin que le législateur aborde la question du droit de la famille d'un point de vue objectif et s'éloigne de toute rhétorique religieuse<sup>796</sup>.

---

*Aujourd'hui le Maroc*, 22 mars 2018 [Consulté le 16 décembre 2020].

<sup>795</sup> *Ibid.*

<sup>796</sup> <https://www.francetvinfo.fr/monde/afrique/societe-africaine/maroc-les-femmes-pourront-elles->

Pour une partie des Marocains, la question de la femme dans le droit de la famille doit nécessairement être traitée à la lumière des droits de l'homme, en s'inspirant notamment des pays musulmans qui ont eux-mêmes déjà laïcisé le droit du statut personnel. Dans les débats, l'exemple de la Tunisie est souvent cité, car ce pays a connu ce type de discussion et controverse bien avant le Maroc, ce qui l'a par exemple conduit à abolir la polygamie et instaurer le divorce judiciaire bien avant le Maroc<sup>797</sup>.

Pour nombre d'acteurs et participants à ce débat, la question de l'héritage n'a plus rien d'une question religieuse. C'est davantage une problématique économique et sociale qu'un sujet de dogme comme le fait remarquer Mohammed Assid : « Si les hommes font l'opposition à cette revendication, ce n'est pas pour des motifs religieux, mais pour leurs intérêts. Les hommes essaient de préserver leur tutelle et leurs intérêts, uniquement. La religion ne les intéresse pas »<sup>798</sup>. À leurs yeux, c'est l'intérêt économique qui se cache derrière un discours religieux.

Le statu quo que connaît le droit de la famille permet la spoliation des sœurs au profit des frères au sein d'une même famille. Cet état de fait, mis en pratique sans questionnement est paradoxal dans certains milieux et met en lumière une forme d'hypocrisie dans la société marocaine, car des personnes vivant loin de la religion, se prétendant adeptes des valeurs occidentales et ayant un mode de vie moderne, n'éprouvent aucune gêne à faire main basse sur les biens de membres de leur famille au nom de la religion<sup>799</sup>.

Dans un pays où 20 % des familles sont actuellement aidées financièrement par

---

bientot-heriter-comme-les-hommes\_3054947.html

<sup>797</sup> <https://orientxxi.info/magazine/maroc-debat-houleux-sur-l-egalite-dans-l-heritage,2797>

<sup>798</sup> *Ibid.*

<sup>799</sup> *Ibid.*



des femmes qui parfois subviennent à la totalité des besoins familiaux<sup>800</sup>, la question de l'héritage n'a jamais autant fait débat. Politiciens, associatifs et intellectuels appellent aujourd'hui le législateur à revoir les questions relatives à la transmission des biens. Pour beaucoup c'est en effet l'un des points les plus inégalitaires du droit de la famille.

Les appels adressés au législateur en matière des droits de la femme mettent très souvent l'accent sur l'abolition pure et simple du mariage des mineurs, trop souvent lié à la polygamie, et la révision le système successoral. Mais encore une fois le manque de données et statistiques précises sur l'impact social des dispositions actuelles, contribue à l'inertie des pouvoirs publics et pousse les associations à intervenir par elles-mêmes.

Toute réforme future doit comporter, au préalable, une étude approfondie portant sur la situation actuelle et l'impact attendu des modifications proposées par les associations à l'État. De même qu'il sera nécessaire de prendre en considération les travaux des intellectuels qui veulent apporter des réponses aux questions sociétales dans le cadre d'une interprétation moderne et adaptée de l'islam.

Ainsi, la société civile marocaine peut être considérée comme une partie intégrante et active du dialogue relatif à l'évolution du droit de la famille. Ce dernier doit continuer de perdre progressivement son caractère de monument sacralisé pour laisser place à une construction fondée sur un positivisme moderne nourri de valeurs islamiques. Le législateur marocain ne peut ignorer trop longtemps les revendications de la société civile qui s'expriment au travers des mémorandums adressés à *Amir Al Mouminine*. Sans être à proprement parler la voix du peuple, elles ont une grande force en émanant de la partie la plus dynamique de la nation.

De ce fait, contrairement aux deux premières réformes, où la société civile

---

<sup>800</sup> ZAIREG Reda, « Héritage. Le débat manqué », *Telquel*, 2 février 2014 [Consulté le 18 décembre 2020].

n'avait eu qu'un rôle consultatif lors de l'élaboration de la nouvelle version du Code de la famille, on ne peut douter qu'elle aura désormais plus de poids dans l'élaboration d'un nouveau code, plus respectueux des droits de la femme et de l'enfant, prenant en considération la société pour laquelle il est élaboré, en constante évolution et aspirant à plus de démocratie.

À côté des questions liées à l'égalité des droits des femmes en matière de mariage et d'héritage, la société civile aspire à une harmonisation du droit pénal et du droit de la famille. Cela implique, entre autres idées, la dépénalisation de l'avortement. Malgré l'existence d'un projet de loi qui va dans ce sens et qui a reçu la bénédiction du roi, la question reste en suspens au parlement pour deux raisons plutôt opposées : la première est l'ambition exprimée par certains parlementaires, d'intégrer cette réforme dans une révision plus large du droit pénal et la seconde est le refus du chef du gouvernement hostile à tout ce qui peut s'interpréter comme un renoncement « au référentiel islamique du pays »<sup>801</sup>.

Ses propos sont survenus juste après l'affaire de la journaliste Hajar Raissouni. Dans la définition juridique du droit de la femme à disposer de son corps, la question relative à l'avortement est complémentaire de la situation des mères célibataires et des droits de l'enfant. Ainsi le collectif « hors-la-loi » créé juste après cette affaire, a déposé auprès du Parlement une pétition signée par des membres de la société civile, dans le but de supprimer toutes les incriminations qui portent atteinte aux libertés individuelles<sup>802</sup>.

Mais comme de telles idées renvoient indirectement à la vision idéologique de la famille marocaine, tenter d'y apporter une réponse unique et ferme provoque une dispersion des approches et un enlisement des argumentaires. La dépénalisation de l'avortement et des relations hors mariage demeurent des sujets particulièrement épineux au sein de la frange la plus conservatrice de la société marocaine, même si les

---

<sup>801</sup> HADNI Dounia, *op.cit.*

<sup>802</sup> HADNI Dounia, *op.cit.*

juges ont parfois tenté d'user de *hiyal* pour donner des gages à tous les partis en présence.

L'intervention du Roi en tant qu'*Amir Al Mouminine* a une signification symbolique importante : elle est de nature à endiguer le débat social et à atténuer les tensions en contraignant les protagonistes à une certaine retenue. L'intervention royale sur la libéralisation de l'avortement rappelle celles de 1993 et 2003 qui avaient démontré le souhait du souverain de s'impliquer dans le débat sur la famille. Ainsi, le monarque adopte une position d'écoute des parties pour les inviter à concilier des positions éloignées, il se comporte en quelque sorte comme un juge de paix. Cela est essentiel même si en réalité cette intervention royale se limite à un acte très symbolique d'introduction d'un projet de loi devant le parlement tandis que les forces vives de la société civile s'expriment comme des consultants<sup>803</sup>.

Aujourd'hui, au Maroc comme dans le monde entier, le développement constant voire effréné des réseaux électroniques et des sites médiatiques multiplie les débats qui atteignent et intéressent le grand public marocain. L'amplitude sociale qu'ils atteignent leur donne une force nouvelle qui modifie significativement le jeu des institutions qui ne peuvent demeurer indifférentes lorsqu'une question provoque une réaction de grande résonance. Un mouvement unanime entraînerait le changement de la loi<sup>804</sup>. Mais sur un certain nombre de questions, la société et les associations sont encore divisées, et c'est ce qui transparaît dans les réseaux malgré les efforts de pédagogie déployés par les associations et les intellectuels afin de faire évoluer les mentalités.

## Section 2. La société et le train de l'évolution

Le mouvement associatif par son activisme visible dans l'espace médiatique fait en permanence écho aux aspirations des forces vives de la société, mais la période des

---

<sup>803</sup> GRUENNAIS Marc-Eric, « La publication du débat sur l'avortement au Maroc, l'État marocain en action », *L'Année du Maghreb*, 17/2017, p. 219-234.

<sup>804</sup> Comme l'abolition du rapt nuptial opérée à la suite de la forte mobilisation civile.

printemps arabes a donné naissance à des mouvements populaires qui ont exprimé avec encore plus d'énergie une revendication collective puissante. La constitution de 2011 est devenue la matérialisation juridique de la volonté populaire de voir des changements se concrétiser. C'est en sa qualité de droit suprême de l'État que la nouvelle constitution doit influencer et irriguer l'ensemble du *corpus* législatif.

L'adoption de la nouvelle constitution a eu des conséquences, tant au niveau national qu'international. En l'adoptant avec 98 % de votes en sa faveur<sup>805</sup>, les Marocaines et les Marocains ont exprimé leur désir de changement et d'égalité, en particulier, l'égalité de genre consacrée par son article 19.

La quête de l'égalité a été entamée en 2004 avec le droit de la famille et toutes les dispositions qui y sont liées. La constitution de 2011 après celles de 1962, 1970, 1972, 1992 et 1996, apparaît comme l'aboutissement d'un long processus de mise en place d'une société égalitaire au profit des Marocaines. Le principe d'égalité entre les sexes, ainsi entériné, a permis de lever toutes les réserves que le Maroc avait émises en ratifiant les conventions internationales par le passé, dont celles formulées pour motifs religieux en matière de droit de la femme. Il découle de la situation nouvelle ainsi créée que la discrimination maintenue en matière successorale n'est plus conforme au principe constitutionnel et que d'une manière générale le droit de la famille n'a pas fait l'objet des ajustements que cela implique.

Les revendications qui s'expriment en matière de droit des successions tirent une légitimité directe de la constitution. Mais on ne peut ignorer la présence d'une vive résistance de la société, représentée par le parti au pouvoir qui freine toute évolution législative en ce sens. Cet état de fait conduit certains Marocains à contourner la loi en vigueur afin de pouvoir assurer la succession de leurs enfants conformément au principe d'égalité et de les protéger contre les tentatives abusives de

---

<sup>805</sup> [https://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2011/07/02/victoire-du-oui-au-referendum-constitutionnel-au-maroc\\_1543794\\_3218.html](https://www.lemonde.fr/proche-orient/article/2011/07/02/victoire-du-oui-au-referendum-constitutionnel-au-maroc_1543794_3218.html)

certaines membres de leur famille<sup>806</sup>.

En effet, la pratique sociale démontre que de plus en plus de parents contournent la loi. Pour échapper au droit en matière de succession, ils privilégient le recours aux donations et au legs, dans le but de sécuriser l'avenir de leurs filles. Au moment où elle est réalisée, l'action est passée sous silence car il est impossible de garantir l'absence de réaction contraire des héritiers mâles ou à l'inverse de garantir leur acquiescement. Ceux qui rusent le font sans être certains du résultat final. Un legs peut en effet être empêché par le refus manifesté par l'un des ayants droit à la succession<sup>807</sup>.

Dans un Maroc où les changements sociaux modifient le fonctionnement même de la famille et la perception qu'en ont ses membres, les parents prennent souvent le risque de recourir au partage préalable de leur succession de leur vivant. En procédant ainsi, ils se mettent en situation de vulnérabilité, ce qui explique que certains éprouvent une certaine réticence à agir de la sorte. Ainsi une mère peut se retrouver à la rue, privée de toit, si elle garde l'usufruit de son appartement dont la propriété a été donnée à son enfant dont elle ne peut hériter s'il vient malheureusement à prédécéder<sup>808</sup>.

Comme le remarquent, non sans ironie, un certain nombre d'intellectuels, le mode de vie du Marocain a changé : il s'est occidentalisé, modernisé, parfois même éloigné de la religion. Mais en matière successorale, la réaction des hommes est le plus souvent guidée par le principe selon lequel il ne faut rien changer aux pratiques anciennes. Le silence des héritiers mâles, par opportunisme ou crainte, conduit à consacrer cette injustice sociale.

---

<sup>806</sup> <http://laaatelier.org/egalite/2018/02/21/lheritage-de-lequite-a-legalite>.

<sup>807</sup> **VERDIER** Marie, « Le débat sur l'héritage remue le Maroc », *La Croix*, 21 septembre 2019 [Consulté le 21 septembre 2019].

<sup>808</sup> *Ibid.*

L'accès de la femme au marché du travail rémunéré a modifié la structure des situations économiques au sein de la famille. Son apport domestique peut constituer une part importante des revenus du foyer et intervenir significativement dans la capacité de celui-ci à épargner. Il est donc particulièrement choquant qu'il n'en soit pas tenu compte quand il s'agit du partage de la succession du ménage en cas de décès de l'époux.

L'introduction du contrat « de communauté de vie »<sup>809</sup>, devrait conduire à prendre en considération la contribution de l'épouse aux acquis du foyer pour la succession du mari défunt. Mais, comme le fait justement remarquer la CNDH, dans beaucoup de ménages, celle-ci est considérée comme étant perçue durant la vie conjugale pour assurer son entretien journalier par son époux, que cela soit ou non conforme à la réalité<sup>810</sup>.

Dans un Maroc où la vision de la femme a définitivement changé, le partage inégalitaire des richesses sur la base du genre n'a plus de justification réelle sur le plan des valeurs. Mais cette perception coexiste avec l'identification persistante du droit de la famille, ou des règles de l'héritage, comme des préceptes issus de la religion. C'est le constat que dresse l'écrivaine Asma Lamrabet, lorsqu'elle regrette qu'on use du décret divin afin de faire taire la femme<sup>811</sup>, ce qui explique que les femmes soient publiquement attachées à la loi islamique même si elles souffrent souvent en silence.

À côté du droit des successions, une pratique est de plus en plus critiquée. Il s'agit du mariage des mineurs qui est désormais devenu une tolérance dont il conviendrait de se débarrasser. Sa survivance reste avant tout liée à l'analphabétisme et à la pauvreté, et se trouve facilitée par une culture du tabou et de la pudeur extrême

---

<sup>809</sup> Article 49 du Code de la famille : « Les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre. Toutefois, les époux peuvent se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage.

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

<sup>810</sup> NACIRI Rabéa, *op.cit*, p. 15 ; voir *supra*.

<sup>811</sup> VERDIER Marie, *op.cit*.

qui en favorise l'acceptation comme un moindre mal dans certains milieux sociaux.

Si dans les villes, l'âge du mariage a augmenté grâce à un cadre de vie correspondant à des conditions socio-économiques plus favorables, le milieu rural est toujours concerné par des comportements inacceptables qui ont parfois lieu avec la complicité forcée des juges. Selon le ministre de la Justice, 81 % des demandes de dispense d'âge rencontrent un avis favorable pour différents motifs<sup>812</sup>, dont la nature est plus fréquemment sociale et économique que légale.

Souvent poussées par leur famille à un tel mariage, les filles mineures sont conditionnées depuis leur enfance pour un tel moment. Le juge se trouve fréquemment en présence d'enfants soumises à la volonté d'un père qui a déjà scellé leur sort. Afin de lutter contre une telle pratique, les associations mettent l'accent sur la vulgarisation du Code de la famille auprès des populations isolées et régions les plus reculées du pays et insistent fortement sur l'importance de la scolarisation des jeunes filles et sur les répercussions négatives du mariage précoce sur la société tout entière<sup>813</sup>.

En matière d'usages familiaux, deux mondes sont en totale divergence : les grandes villes où la condition des mineures est en constante amélioration et les agglomérations plus petites ou rurales, très conservatrices, où le mariage des très jeunes filles est encore assez courant. Mais ces dernières années, l'ensemble de la société commence à prendre conscience des dommages causés par la tolérance qui entoure ces coutumes, surtout à la suite de plusieurs drames survenus à des filles mineures victimes de mariages forcés.

L'affaire Amina Filali a contribué à une ample mobilisation sociale<sup>814</sup>,

---

<sup>812</sup> <https://fr.le360.ma/societe/au-maroc-malgre-la-loi-les-mineurs-se-marient-encore-les-jeunes-filles-surtout-207409>.

<sup>813</sup> BAILLEUL Adeline, *op.cit.*

<sup>814</sup> [https://www.lemonde.fr/afrique/article/2012/03/24/le-suicide-qui-bouleverse-la-societe-marocaine\\_1675191\\_3212.html](https://www.lemonde.fr/afrique/article/2012/03/24/le-suicide-qui-bouleverse-la-societe-marocaine_1675191_3212.html).

entraînant la suppression de l'alinéa qui mettait le viol au même niveau que le rapt nuptial. Cette disposition permettait au criminel d'échapper aux poursuites et de « sauver les apparences »<sup>815</sup>. Le dénouement de ce drame et son retentissement international ont contraint les autorités à prendre conscience que parler de consentement à l'âge de 15 ans n'est plus possible, car dans une société moderne, la protection des mineurs contre les abus sexuels devient une priorité sociale essentielle.

Le mariage des mineures est une cause de décrochage scolaire et transmet à l'environnement un message erroné selon lequel la place des jeunes filles est à la maison et non sur les bancs de l'école<sup>816</sup>. L'attitude habituelle en milieu rural des parents qui continuent à engager leurs filles mineures dans des mariages arrangés sans leur consentement est sans doute à l'origine du projet du législateur de fixer la dérogation à 16 ans, mais en même temps de plus en plus de voix s'élèvent contre ce phénomène et les associations militent pour l'abolition pure et simple de tout type de dérogation comme c'est déjà le cas en Tunisie<sup>817</sup>.

Une large mobilisation pour abolir cette pratique peut constituer un pas vers le changement. Elle se déroule notamment au travers des réseaux sociaux, qui depuis 2011 sont devenus une plateforme d'expression d'opinion, libre de toute contrainte. C'est par leur intermédiaire que le mouvement de jeunes a pris une grande amplitude durant le printemps arabe qui devait conduire à l'adoption de la constitution de 2011.

La communication numérique permet désormais les discussions à très grande échelle, tant au niveau national que sur le plan international, sur des problématiques sociales et juridiques marocaines, surtout celles qui sont en rapport avec les libertés individuelles fondamentales.

---

<sup>815</sup> <http://www.atmf.org/?p=2628>.

<sup>816</sup> <https://www.elle.fr/Societe/Interviews/Maroc-le-mariage-a-16-ans-provoquerait-la-descolarisation-des-filles-2407940>.

<sup>817</sup> <https://2m.ma/fr/news/le-collectif-dounia-appelle-a-la-suppression-des-lois-permettant-le-mariage-des-mineurs-20201125/>.



Dans ce contexte, le mariage des mineurs est de plus en plus perçu comme une atteinte aux droits de l'enfant et considéré comme une forme d'agression sexuelle portant préjudice à son intégrité physique et psychologique. C'est pourquoi les défenseurs des droits de l'enfant et des femmes ont accru leurs revendications et appellent désormais à l'interdiction simple du mariage en dessous de 18 ans.

La polygamie est quant à elle encore perçue comme un sujet tabou par une grande partie de la société. De plus, une large frange de la population masculine, éduquée dans une conception traditionnelle de la relation de couple, ne voit encore aucun inconvénient à la pratiquer. C'est parfois la seule conjoncture socio-économique qui leur en interdit la possibilité. Dans un sondage réalisé en 2008, 44 % des Marocains se montraient encore favorables à la polygamie alors que simultanément 58,9 % n'avaient jamais ouvert un Coran, si ce n'est par obligation<sup>818</sup>.

La polygamie est devenue, en réalité, une norme plus sociale que religieuse, comme le souligne Léon Buskens : « Les Marocains interprètent les clauses de la *Moudawana* de manière très différente [...]. Le contrôle social se trouve être une source de normativité au moins aussi grande que les interprétations solennelles du droit islamique [...] Le code de la famille est une source de moyens à laquelle ils puisent dans leur propre avantage et de limites dont ils doivent tenir compte plutôt qu'un système de normes immuable auquel ils veulent obéir à la lettre »<sup>819</sup>. Ainsi cette interprétation relativiste de la loi, selon les caprices de certains, tire son impunité de l'omerta sociale. Comme l'explique une femme victime de polygamie abusive : « J'ai appris par la suite qu'il avait installé sa maîtresse dans l'une de nos maisons [...] j'ai porté plainte contre lui pour adultère, mais il n'a pas été poursuivi »<sup>820</sup>.

---

<sup>818</sup> <https://www.nouvelobs.com/monde/20071209.OBS9183/44-des-marocains-favorables-a-la-polygamie.html>.

<sup>819</sup> **BUSKENS** Léon, « La polygamie au quotidien. Notes d'un observateur dans une maison pleine de femmes. », *Le Maroc au présent*, Centre Jacques-Berque, Casablanca, 2015, p. 393-403 [Consulté le 28 décembre 2020].

<sup>820</sup> <https://femmesdumaroc.com/societe/polygamie-le-calvaire-des-coepouses-3239>.

Selon le nouveau texte de loi, une procédure de divorce automatique pour discorde aurait dû être engagée par le juge sur la base du refus de la première épouse de la situation de polygamie. Mais comme l'explique l'avocate Zahia Ammoumo, « l'autorisation de la femme n'est prise en considération par la loi que lorsque le mari ne présente pas les conditions essentielles pour effectuer un nouveau mariage »<sup>821</sup>.

Parfois la grossesse de la nouvelle épouse qui permet de régulariser le second mariage témoigne avec évidence de la mauvaise foi du mari, mais le juge entérine cependant l'union alors qu'il ne peut en ignorer des conditions de réalisation frauduleuses. L'absence de sanctions à l'encontre des juges qui reconnaissent de tels mariages et surtout l'acceptation silencieuse d'une telle pratique de la part de la société participent à la persistance de la polygamie. Elle demeure un puissant fantasme qui habite en secret l'esprit de nombreux Marocains.

C'est sans doute cette vision fantasmée d'une forme de liberté et de puissance sexuelles consenties à l'homme qu'il faudrait déconstruire pour permettre au débat d'avancer utilement car elle pousse beaucoup de Marocains à frauder la loi<sup>822</sup> en recourant, par exemple, abusivement à l'article 16 du Code de la famille qui permet de valider, *a posteriori*, le mariage des mineures. Cette propension à la polygamie présente en milieu rural s'observe aussi dans de grandes villes.

Face à la persistance d'une image encore favorable de la polygamie, le discours officiel est en la matière en totale contradiction avec la réalité sociale et politique. Les politiciens appliquent d'ailleurs l'adage : « Fais ce que je dis, mais pas ce que je fais ». En 2015, les Marocains se rendent compte qu'en cumulant les effectifs des deux chambres parlementaires, le pourcentage des élus bigames ou polygames atteint 23 %. Le gouvernement qui se voulait islamique et moderne, avait le soutien d'une

---

<sup>821</sup> *Ibid.*

<sup>822</sup> MIDECH Jaouad, *op.cit.*

représentation nationale composée de nombreux membres engagés personnellement dans une pratique dont le Code de la famille de 2004 avait tenté de réaliser la réduction drastique à défaut d'une éradication totale<sup>823</sup>.

Il est désormais évident que tant que la législation en vigueur autorisera la polygamie, les Marocains n'y renonceront pas. Malgré les restrictions imposées par diverses dispositions destinées à l'encadrer, elle demeure encore une manière gratifiante de démontrer son rang social alors même que pour des personnes plus modestes elle demeure encore un fantasme. Comme corollaire de cet attachement, la question du mariage des mineures devient à son tour taboue pour un certain nombre de Marocains aux yeux desquels la polygamie est toujours entourée d'une aura sacrée.

Sur de tels sujets, une forme de résistance passive continue à sévir dans la société. Tant que le législateur l'autorise, même partiellement, il ne délivre pas de message clair de son souhait de l'abolir. Aussi, pour le Marocain moyen elle reste une sorte de Graal qu'il peut toujours tenter d'atteindre. Finalement, en cas de bigamie, la femme, qu'elle soit disposée au divorce ou récalcitrante, est le plus souvent victime de tromperie et voit ses droits élémentaires presque toujours bafoués.

Finalement, le traitement de la polygamie dans la société marocaine reste similaire à celui du droit des successions pour lequel le conservatisme social domine, car il structure les conceptions des positions respectives de chaque personne au sein de la famille. L'interprétation des textes constitue un argumentaire de consolidation de rapports de force plutôt qu'un impératif de piété. Le manque d'information sur le sens éthique de l'arsenal juridique qu'entretiennent les imams des mosquées par exemple et des autorités religieuses en général, contribue à élever la norme sociale au rang de norme supra juridique.

La tension sociale, qui se noue autour de l'application du droit de la famille, est particulièrement difficile à traiter du fait que les protagonistes se dissimulent derrière

---

<sup>823</sup> BENLARBI Tarik, *op.cit.*

des références religieuses. Malgré la désacralisation du Code de la famille en 1993, à la suite de la première réforme depuis son adoption en 1958, la présence de dispositions tirant leur origine directement de l'exégèse islamique dont l'interprétation traditionnelle n'est pas souvent en adéquation avec le Maroc moderne, continue à bloquer les progrès nécessaires.

Cette interférence religieuse se trouve profondément ancrée dans le cadre légal du Maroc comme la constitution elle-même en fait le rappel ou encore l'article 400 du Code de la famille. Même si les voix sont de plus en plus nombreuses à manifester le souhait d'une modernisation et d'une rationalisation du débat, celui-ci se trouve très souvent cantonné dans un cadre religieux, ce qui conduit les réformateurs les plus laïques à se référer à un argumentaire religieux.

Mais cette approche présente deux faiblesses liées l'une à l'autre : toute relecture d'un commandement divin ne peut être faite que par les spécialistes du domaine, ce qui condamne toute relecture moderne des textes à être issue d'une compréhension consacrée par l'*ijmaâ* ou l'*ijtihad* d'une certaine époque<sup>824</sup>.

Cette approche du travail législatif au Maroc et dans la plupart des pays musulmans renverse la hiérarchie des normes. Le droit théologique qui résulte d'une approche morale et abstraite devient un garde-fou pour la sauvegarde de l'ordre public national et international face à un droit qui, de plus en plus positif, est perçu souvent à tort par la société traditionnelle comme une menace contre ses valeurs et son héritage.

Au Maroc, la référence religieuse est reconnue par la constitution comme un bouclier contre toute atteinte à l'intégrité sociale, économique et juridique du pays. La nouvelle constitution qui prône l'égalité entre l'homme et la femme est amenée à se contredire elle-même. Si dans l'article 19, la nouvelle constitution met l'accent sur les droits des citoyens sans distinction entre eux et si, par ailleurs, elle met l'accent sur les

---

<sup>824</sup> ALAMI M'CHICHI Houria, BENRADI Malika, CHAKER Aziz *et alii*, *op.cit.*, p. 69 [Consulté le 21 octobre 2020].

engagements internationaux du Maroc en matière des droits fondamentaux, le même texte, dans son préambule, souligne « la prééminence » de la religion musulmane dans le référentiel national.

De la sorte, la constitution de 2011 donne des droits avant de les reprendre insidieusement, rendant très difficile sinon caduque toute possibilité de réforme du Code de la famille. L'article 19 qui reconnaît l'égalité devant la loi et érige, par la même occasion, la lutte contre la discrimination faite aux femmes en principe constitutionnel renouvelé par la force des conventions internationales, a fait en sorte de limiter l'impact de ces dispositions par la nécessité de respecter les « constantes du royaume » dont l'islam fait intégralement partie.

Comme l'islam est une composante indissociable de l'identité marocaine, soigneusement sauvegardée par l'État allant jusqu'à prévoir des sanctions à l'égard de tout député qui porte atteinte à l'islam<sup>825</sup>, une question se pose avec insistance : qu'est-ce qui fait alors partie de l'islam ? Et plus particulièrement, qu'en est-il du droit de la famille ? Et quel est le degré minimum du caractère islamique de ce droit, ce qui est « incompressible » ?

Le caractère religieux qui auréole ce droit conduit à retirer au parlementaire sa compétence à en débattre librement, et impose que toutes les interventions royales ne soient que périodiques et prudentes, et prennent la forme d'une injonction autorisant le débat, comme le démontre par exemple le sort qui a été réservé à la question de l'avortement, demeurée encore en suspens, bien que le Roi ait donné son aval à l'évolution de la législation.

Comme toutes les questions portant sur l'égalité entre les genres sont hautement liées à la religion, toute révision est impossible par une voie strictement législative, du

---

<sup>825</sup> Article 64 de la constitution de 2011 : « Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi ou recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion d'une opinion ou d'un vote émis par lui dans l'exercice de ses fonctions, hormis le cas où l'opinion exprimée met en cause la forme monarchique de l'État, la religion musulmane ou constitue une atteinte au respect dû au Roi ».

moins jusqu'à ce qu'une intervention royale lui confère une légitimité sur le plan du dogme, comme l'ont bien démontré les réformes de 1993 et 2004. L'inconvénient de ce type de processus reste sa lenteur inévitable qui prive l'action de l'État d'une réactivité assez rapide pour satisfaire les revendications de la société marocaine, en temps et en heure, au fur et à mesure de leur émergence. Alors que la première version de la *Moudawana* avait notamment pour but de répondre aux besoins d'une société marocaine qui avait évolué économiquement et socialement durant le protectorat, sa véritable mise en œuvre ne devait avoir lieu que bien longtemps après l'indépendance ce qui explique qu'elle était alors déjà devenue partiellement obsolète.

Il n'est donc pas surprenant que la situation actuelle rappelle le climat qui présidait au débat lors de l'adoption du premier Code de la famille, par l'écart observable entre l'esprit de la loi qui se veut moderne et son interprétation traditionaliste, imprégnée de la morale conservatrice et de la subjectivité sociale du juge qui n'est ni *faqih*, ni fidèle serviteur du droit positif. Ce parallèle est d'autant plus accablant que le Code de la famille donne désormais au magistrat la liberté d'interprétation des textes et lui confère la faculté de combler les lacunes du droit avec les dispositions du *fiqh*<sup>826</sup>.

La possibilité attribuée au juge de combler les lacunes de la loi avec un référentiel religieux a deux conséquences sur l'application du droit de la famille. La première est la possibilité dont il dispose, de se livrer à une lecture religieuse d'un texte relevant du droit positif<sup>827</sup>. La seconde est que devant l'imprécision des règles juridiques du *fiqh*, il choisira délibérément une version correspondant à sa vision de la société souvent manichéenne : ainsi le juge méconnaît la règle de l'enfant endormi qu'il juge illogique, même si elle est issue du *fiqh* mais, en même temps, il méconnaît l'ADN pourtant prévu par les textes, au motif qu'il n'a pas été pris en compte par le *fiqh*.

---

<sup>826</sup> Article 400 du Code de la famille.

<sup>827</sup> Ce qui arrive souvent à propos de l'ADN, voir *supra*.

Cette dualité d'interprétation qui puise sa légitimité dans l'article 400 dessert la finalité poursuivie par le législateur. L'article dispose que le juge doit avant tout chercher à combler les lacunes dans sa recherche d'une solution juste et équitable, mais il y a bien souvent de sa part méconnaissance et manque de maîtrise du *fiqh* auquel il ne s'est familiarisé que par un apprentissage purement empirique. Il applique trop souvent des solutions plutôt moralistes et sociales qui traduisent sa propre perception de la question, sans faire preuve d'initiative intellectuelle et juridique pour parvenir à une décision objective et conforme à l'impératif de justice et d'équité.

Il apparaît ainsi que la latitude dont dispose le juge pour écarter le droit positif afin de lui préférer une approche d'inspiration religieuse constitue une épée à double tranchant. La souplesse qui caractérise sa mise en œuvre est une des raisons pour lesquelles son application produit souvent des effets contraires à l'objectif proclamé par *Amir Al Moumimine* ce qui suscite de multiples malentendus politiques et intellectuels. Pourtant, comme cela est arrivé durant l'âge d'or du monde arabo-musulman, la rationalisation du *fiqh*, demeure une piste féconde pour concevoir une nouvelle dynamique du droit de la famille.

Le droit a vocation à évoluer et sa stagnation conduit inévitablement à sa désuétude, son obsolescence, son inadaptation. Le droit secrété par la religion musulmane n'échappe pas à cette règle. Il n'est pas surprenant de constater qu'en se cantonnant à développer un droit à caractère moralisateur et social en quelque sorte recouvert ou verni d'une enveloppe positive sensée sauvegarder les apparences modernistes tout en maintenant des usages dépassés, il conduit à des dysfonctionnements aux répercussions graves pour la situation des femmes et des enfants de nature à interpeler la société tout entière.

Cela conduit à une situation paradoxale : alors que le législateur attendait des progrès de l'introduction d'un comportement du magistrat inspiré de la religion, c'est l'emprise de celle-ci sur les décisions qui semble être l'obstacle à la plus élémentaire justice. Nonobstant cet état de fait, les revendications sociales ne cherchent pas à

bannir la religion ou à la combattre, mais plutôt à tempérer son emprise face à des décisions qui relèvent plus de la sanction morale que de l'action de justice. Tel est le cas de ce jugement de la Cour d'appel de Tanger qui a cherché à punir un enfant pour une erreur commise par ses parents au lieu d'étendre sur lui la protection du juge dans une société souvent hostile à l'enfant naturel<sup>828</sup>.

Ainsi le souhait de réforme vise un changement dans la mise en pratique opérationnelle des textes en vigueur et non le principe qui les fondent. Comme l'a bien rappelé le roi dans son discours de 2004 à l'occasion de l'adoption du Code de la famille, le Maroc a besoin d'un code qui suive les desseins tolérants de l'islam et qui mette au premier plan l'objectif d'équité et de justice<sup>829</sup>. Pour s'adapter aux changements que connaissent la société marocaine et sa structure en cours de modernisation.

- Le mariage civil

Il existe un autre changement dans le droit des personnes impliquant une révision importante du Code de la famille marocain, qui demeure à ce jour écarté pour des motifs religieux. C'est la nécessaire reconnaissance d'un mariage civil à part entière dans le panel des possibilités d'union légale. Il faut permettre à chacun d'y avoir recours sans lui attribuer une quelconque connotation religieuse. Le Maroc a ratifié la déclaration universelle des droits de l'homme qui garantit ce droit à tout être humain sans aucune considération de religion, nationalité, genre ou race<sup>830</sup>.

La reconnaissance actuellement discriminatoire du mariage civil uniquement

---

<sup>828</sup> EL HOURRI Abdelali, *op.cit.*

<sup>829</sup> Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2e année législative de la 7e législature en date du 10 octobre 2003.

<sup>830</sup> Article 16 *alinéa* 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution ».



pour certaines catégories de citoyens atteste que la loi en vigueur va à l'encontre des conventions internationales ratifiées par le pays et même de la constitution adoptée en 2011. Cela démontre la portée encore limitée des principes constitutionnels et de leur élan réformateur face à l'héritage socioreligieux. Ainsi le mariage civil n'est possible que pour les non musulmans<sup>831</sup> ou si le contrat est d'ordre international car il obéit alors à l'adage « *locus regit actum* »<sup>832</sup> si les parties le veulent.

L'esprit de ces dispositions en matière matrimoniale est tout à fait analogue à ce que connaissent en d'autres temps d'autres pays où la religion dominante n'était pas l'islam. Elle trouve certainement sa justification actuelle dans l'importance du mariage dans la définition de la filiation et par le principe maintenu par la constitution de la suprématie de l'islam par rapport aux autres religions locales. Mais aujourd'hui comme pour d'autres aspects du droit de la famille, cette logique est confrontée à la nécessité d'aligner les droits reconnus à la personne au plan national avec les normes internationales fondées sur les valeurs humanistes universelles<sup>833</sup>.

Le royaume a incorporé ces valeurs dans le texte constitutionnel qui par ailleurs dans son article 32 fait du mariage une institution fondamentale de la société sans nulle précision sur celui-ci et s'engage à la protection de la famille sur tous les plans. Ce dispositif laisse apparaître que l'État s'engage à reconnaître toutes sortes de mariages du moment qu'elles existent aux yeux des époux qui les ont contractées. Cela est vrai depuis 2004 en ce qui concerne les mariages conclus en dehors du cadre légal dont le fameux article 20 du Code de la famille autorise la validation par le juge *a posteriori*.

---

<sup>831</sup> <http://www.cicade.org/wp-content/uploads/2015/07/Le-mariage-en-droit-marocain.pdf> [Consulté le 4 janvier 2021].

<sup>832</sup> La forme du contrat international va obéir aux conditions de forme du pays d'accueil, les Marocains peuvent se marier à la mairie en France.

<https://www.doc-du-juriste.com/droit-public-et-international/droit-international/dissertation/regles-regissant-forme-actes-droit-international-prive-445441.html> [Consulté le 4 janvier 2021].

<sup>833</sup> LTAIEF Wassila, « Convention internationale, Mariage mixte et Droit successoral en Afrique du Nord : « Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 184, février 2005, p. 363-383 [Consulté le 4 janvier 2021].

Cet article 32 de la constitution vient en complément à l'article 19 plus général qui garantit les mêmes droits à tous les citoyens, dont par conséquent le droit au mariage. Mais l'article 19, par la formulation de réserves qu'il comporte<sup>834</sup>, reste discriminatoire dans la mesure où il ouvre la possibilité de méconnaître des droits reconnus préalablement par le Maroc quand il est constaté qu'ils entrent en conflit avec les lois et composantes nationales.

Non seulement la loi méconnaît le mariage dit « mixte », mais aussi peut méconnaître tous ses effets comme le droit à la succession qui est refusé au non-musulman<sup>835</sup>, et about concrètement à ce que les héritiers, musulmans d'origine, engagent des actions en justice en formulant des doutes sur la véracité de la conversion du musulman converti.

C'est encore en s'appuyant sur les réserves de l'article 19, que le droit de la famille marocain impose une conversion à toute personne voulant épouser une Marocaine musulmane, contrevenant par la même occasion aux conventions internationales qui protègent la liberté d'opinion et de croyance, ignorant de cette sorte la liberté de croyance que le Coran énonce pourtant de manière claire et ainsi : « nulle contrainte en religion »<sup>836</sup>, ce qui ne tient aucun compte des exégèses de l'interprétation des versets relatifs aux unions entre musulmanes et non-musulmans<sup>837</sup>.

---

<sup>834</sup> Voir *supra*.

<sup>835</sup> BENDOUROU Omar, « Les droits de l'homme dans la constitution marocaine de 2011 : débats autour de certains droits et libertés », *La Revue des droits de l'Homme*, n° 5, juin 2014 [Consulté le 4 janvier 2021].

<sup>836</sup> MASSON Denise, « Verset 256, Sourate II (Les femmes) », *Saint Coran*, Gallimard.

<sup>837</sup> Ainsi le droit marocain a pris en compte le travail des exégètes en la matière, qui reconnaît le mariage du musulman ainsi que l'obligation de ce dernier de lui permettre d'exercer sa foi. En revanche l'interdiction du mariage inverse découle de la logique patriarcale qui veut que la femme doive être soumise à la religion de son mari ainsi que les enfants. Malgré cela aujourd'hui certains intellectuels qui ont une relecture des textes on les adaptant à notre époque, mettant l'accent sur l'absence de texte en la matière et les seuls textes dans le Coran concernent les gens qui ne font pas partie des gens du livre comme l'a déclaré par exemple Amina Nacir et qui fut repris par Ahmad Tayib le Cheikh de l'Azhar.

Le travail des exégètes est essentiellement issu du *qiyass* ou de l'*ijmâa'* et non d'injonctions directes énoncées du Coran. Ainsi, Asma Lamrabet rappelle dans ses écrits que dans un souci de logique égalitaire le Coran ne peut en aucun cas traiter une femme croyante et l'homme incroyant de manière différente de ce qu'il préconise pour un homme croyant et une femme incroyante et que la seule raison qui empêche une rétrospective féconde du législateur est la forteresse identitaire entretenue par la nostalgie d'une guerre d'indépendance dont le ressassement, des années après, évite d'approfondir les impasses sociales et les défis du moment<sup>838</sup>.

Cette condition de fond imposée aux mariages mixtes produit des effets au-delà des frontières et s'applique au mariage civil conclu à l'étranger, par exemple en France puisqu'un certificat de foi musulmane est demandé à tout Français voulant épouser une Marocaine, car sans cette conversion le mariage n'aura aucune valeur légale pour les autorités marocaines<sup>839</sup>. Ainsi la délivrance d'un certificat de coutume par les autorités marocaines est fortement liée à la nécessité d'établir la réalité de cette conversion.

L'instauration d'une reconnaissance du mariage civil part d'une intention louable, à savoir le contrôle des mariages des Marocains à l'étranger, pour leur donner pleine valeur juridique au Maroc, mais la portée de cette disposition est limitée dans ses effets pratiques à cause de la lourdeur bureaucratique de l'administration marocaine, dont les autorités consulaires justifient la nécessité par l'absence de prise en considération des éléments propres au mariage marocain, dans le droit des pays d'accueil<sup>840</sup>.

---

<https://www.alquds.co.uk/مصر-فتوى-أكاديمية-أزهرية-حول-جواز-زواج/> [Consulté le 4 janvier 2021].

<sup>838</sup> [http://www.asma-lamrabet.com/articles/ce-que-dit-le-coran-quant-au-mariage-des-hommes-et-des-femmes-musulmans-avec-des-non-musulmans/#\\_ftn6](http://www.asma-lamrabet.com/articles/ce-que-dit-le-coran-quant-au-mariage-des-hommes-et-des-femmes-musulmans-avec-des-non-musulmans/#_ftn6) [Consulté le 5 janvier 2021].

<sup>839</sup> [https://www.lepoint.fr/societe/pour-se-marier-a-une-marocaine-un-francais-devait-attester-de-sa-conversion-a-l-islam-07-01-2012-1416384\\_23.php](https://www.lepoint.fr/societe/pour-se-marier-a-une-marocaine-un-francais-devait-attester-de-sa-conversion-a-l-islam-07-01-2012-1416384_23.php)

<sup>840</sup> **FOBLETS** Marie-Claire, **LOUKILIV** Mohamed, « Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : Quelles implications pour les Marocains en Europe », Étude, *Revue Critique*

Même en matière de contentieux international, l'ordre public religieux du Maroc prend le dessus sur le droit civil, du moment qu'une des parties est marocaine, le juge marocain applique le droit de la famille national, comme le démontrent un certain nombre de décisions de justice en matière de filiation ou dissolution de mariage, même si pour cette dernière question le législateur marocain a essayé d'harmoniser le droit local avec le droit international<sup>841</sup>.

De plus, la mise en place du mariage civil aux côtés d'un mariage religieux musulman se justifie aujourd'hui par la présence d'une communauté chrétienne marocaine. Le mariage civil fait aujourd'hui partie de ses revendications, car ses membres aspirent à avoir les mêmes droits que leurs concitoyens musulmans ou hébraïques autorisés par la loi au recours à leurs instances religieuses afin de contracter un mariage en bonne et due forme.

De plus en plus de chrétiens marocains préfèrent vivre dans l'illégalité plutôt que de contracter mariage devant des *adouls*, ce qui peut donner lieu à des poursuites pour débauche. Les associations chrétiennes, timidement soutenues par des ONG ou encore le CNDH, demandent que leur communauté soit mise sur un pied d'égalité avec la communauté israélite qui forte de sa présence depuis plusieurs siècles au Maroc, a pu avoir accès à son propre système matrimonial depuis l'adoption de la première version de la *Moudawana*<sup>842</sup>.

Beaucoup d'observateurs voient en cette méconnaissance des droits de la communauté chrétienne au Maroc une violation de la constitution qui prévoit la liberté individuelle de culte, dont *Amir al Mouminine* est le garant<sup>843</sup>, comme il l'a lui-même

---

*de droit international privé*, 2006, p. 531.

<sup>841</sup> *Ibid.*

<sup>842</sup> <https://www.infochretienne.com/maroc-chretiens-se-battent-mariage-soit-reconnu-autorites/>

<sup>843</sup> OUKACHA Mustapha, « La protection juridique des non-musulmans au Maghreb : Une application limitée », *Histoire, Monde et culture religieuses*, n° 28, 2013, p. 115-124.

rappelé à maintes reprises<sup>844</sup>. Ainsi la méconnaissance des droits de cette minorité a des répercussions sur le plan civil et juridique, notamment pour ce qui concerne le mariage et les effets qu'il doit produire, ce qui met à mal encore une fois les droits élémentaires des femmes et des enfants au nom de l'islam étatique<sup>845</sup>.

La question du mariage civil se pose dans un contexte comportant un traitement discriminatoire entre chrétiens marocains et étrangers : si ces derniers peuvent sans aucun souci accéder à leurs offices, les chrétiens marocains, eux, sont encore tenus à l'écart et n'ont pas accès à des lieux de culte reconnus comme tels par l'État<sup>846</sup>. S'ils refusent de simuler une appartenance fictive à l'islam, leur situation devient comparable à celle des Marocaines qui décident d'épouser des non-musulmans<sup>847</sup>.

Cette apatridie juridique est source d'une contradiction de fond entre les lois en vigueur et les principes constitutionnels : elle doit donc être rapidement comblée par des textes permettant à tous les Marocains, quelle que soit leur confession, de pouvoir se marier et jouir des effets d'un mariage civil, sans pour autant subir un diktat confessionnel.

Ouvert à tous les citoyens qui en feraient la demande, il constitue le dispositif le plus à même d'offrir à ceux qui le souhaitent de se soustraire aux effets du mariage religieux et devrait comporter des dispositions particulières pour régler les modalités de sa dissolution et son impact sur les règles de succession. La répudiation

---

<sup>844</sup> <https://www.la-croix.com/Religion/Islam/En-tant-commandeur-croyants-roi-chef-spirituel-Maroc-2017-06-14-1200855010>.

<sup>845</sup> [https://www.lexpress.fr/actualites/1/styles/les-chretiens-marocains-appellent-au-respect-de-la-liberte-de-culte\\_2068596.html](https://www.lexpress.fr/actualites/1/styles/les-chretiens-marocains-appellent-au-respect-de-la-liberte-de-culte_2068596.html).

<sup>846</sup> Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada : Maroc : situation générale des musulmans qui se sont convertis au christianisme, et plus particulièrement ceux qui se sont convertis au catholicisme ; leur traitement par les islamistes et les autorités, dont la protection de l'État (2008-2011), 10 novembre 2011 [Consulté le 5 janvier 2021].

<sup>847</sup> Canada : Immigration and Refugee Board of Canada, *Maroc : légalité et possibilité de mariage entre un non musulman et une musulmane ; conséquences juridico-sociales d'un tel mariage, dont la peine de prison pour l'homme*, 28 octobre 2004 [Consulté le 5 janvier 2021].

traditionnelle et la polygamie ont été modernisées, et ne sont plus du ressort des *adouls*, mais du juge et du tribunal, rien ne s'oppose à ce que ces derniers ne traitent également des contentieux d'un nouveau type de mariage.

Dans un Maroc qui se pose de plus en plus comme défenseur d'un islam moderne et de la tolérance religieuse, la reconnaissance d'un mariage spécifique accessible à toutes les minorités religieuses marocaines est un pas vers la reconnaissance des droits de tous les Marocains sous l'égide de la nouvelle constitution et d'un nouveau droit de la famille. En l'absence d'un mariage chrétien, l'État doit donc garantir le choix entre le mariage religieux musulman et une forme universelle de mariage civil.

Une telle évolution aurait des effets positifs sur le mariage religieux dont la modernisation serait sans doute beaucoup plus facilement acceptée par les magistrats. Actuellement, le juge marocain peut ignorer tout dispositif qu'il juge contraire à son ordre public traditionnel, comme en matière d'ADN, à cause de sa supposée non-conformité à l'islam, qui pourtant a toujours reconnu la validité de la recherche de similitudes corporelles assez proche dans son principe à la preuve génétique. Nul doute que d'avoir à trancher dans des mariages civils sur la base d'un droit moderne conduirait rapidement les magistrats à actualiser les principes appliqués aux mariages musulmans sans renier aucunement les principes de l'islam.

Un même type d'approche devrait s'appliquer à des dispositifs juridiques qui sont à l'encontre de l'ordre public de nombreux pays qui accueillent sur leur sol des Marocains comme les pays européens ou d'Amérique du Nord. Par exemple, à propos de la *kafala* qui est une prise en charge sans pour autant constituer une adoption, mais la convention internationale relative au droit de l'enfant lui confère des effets quasiment identiques<sup>848</sup>.

La prise en considération de la spécificité de la *kafala* pour ne pas lui

---

<sup>848</sup> Article 20 de la convention des droits de l'enfant.

reconnaître les effets de l'adoption vise surtout à réguler les conditions d'immigration de l'enfant dans les pays qui ne connaissent pas d'autre prise en charge que l'adoption. La *kafala* comme objet juridique non défini n'est pas synonyme de droit d'entrée et de séjour pour l'enfant *makfoul*, dans de nombreux pays où l'acquisition de la nationalité ne peut résulter que d'une adoption<sup>849</sup>.

Cette position, de la part des pays d'accueil, est en totale contradiction avec la convention des droits de l'enfant, elle donne lieu au non-respect par méconnaissance juridique des effets d'une mesure spécifique de protection de l'enfance alors que les pays musulmans reconnaissent les effets d'une adoption simple ou plénière. Il y a donc une dissymétrie dans le respect réciproque des législations nationales, qu'une volonté de reconnaissance mutuelle devrait permettre de surmonter quand il s'agit de la protection des droits des enfants<sup>850</sup>.

Mais en attendant une réforme de la loi en France et ailleurs, le Maroc, pour protéger le nombre élevé de ses nationaux expatriés et faciliter la prise en charge des enfants de part et d'autre des frontières quand les familles en éprouvent la nécessité, doit songer à mettre en place un double système de protection de l'enfance, en s'inspirant des pays voisins où la *kafala* est considérée comme une première étape dans un processus d'adoption<sup>851</sup>. Les autorités marocaines, quand elles acceptent une *kafala* internationale, n'ignorent pas qu'elle est amenée à se transformer en adoption une fois l'enfant dans son pays d'accueil, ce qui lui permet de s'intégrer et de jouir de tous les droits d'un enfant adopté ou légitime<sup>852</sup>.

Le Maroc pourrait donc prendre une position plus protectrice envers les enfants en instituant un système dual de *kafala*-adoption sans qu'on ait à considérer une telle approche pragmatique et humaine comme un geste antireligieux. Même dans les pays

---

<sup>849</sup> <https://www.village-justice.com/articles/transformation-une-kafala-adoption,19811.html>.

<sup>850</sup> LE BOURSICOT Marie-Christine, *op.cit.*

<sup>851</sup> Espagne, Belgique, Suisse et Italie, *Ibid.*

<sup>852</sup> *Ibid.*

où le droit positif a pris la place du droit canonique, il subsiste toujours un arrière-plan de principes religieux, toujours décelables dans le droit de la famille, avec des modifications répondant aux impératifs de l'évolution sociétale. Partout, des politiciens mettent en garde le législateur accusé de trahir l'héritage judéo-chrétien, hébraïque ou musulman, ce qui rend des institutions poursuivant un même objectif de protection des enfants, totalement étrangères d'un pays à l'autre<sup>853</sup>.

Pour changer l'approche du Maroc sur la *kafala*, il convient d'examiner deux questions : qui sont les enfants concernés par la *kafala* judiciaire ? Quel genre de *kafala* pose problème ? L'approche sociétale doit permettre de construire des solutions juridiques adaptées, en créant un double système de protection de l'enfance et en donnant le choix entre l'un ou l'autre système afin de protéger au mieux l'enfant.

Les enfants concernés par les démarches de la *kafala* sont souvent des orphelins, issus d'une union illégitime voire parfois de parents inconnus. Pour beaucoup d'entre eux, la *kafala* reste le meilleur moyen de protection dans des sociétés où le lien agnatique est toujours aussi important et où les liens familiaux restent une forteresse imperméable. Mais lorsque ces derniers sont inexistantes ou faibles, il arrive qu'ils soient plongés dans la précarité, voire un extrême dénuement.

Cependant, la *kafala* comme institution n'a jamais posé de problème en droit interne, et ne devient un véritable sujet de débat que parce qu'elle a une incidence en droit international privé. Le Maroc doit répondre à la problématique posée par l'enfant candidat à une adoption internationale pour lui éviter d'être victime de l'incertitude cultivée par le pays d'accueil, au cas où ce dernier ne reconnaît pas la *kafala*.

En vue des adoptions internationales, le Maroc peut donc adopter un double standard en s'inspirant des juridictions qui sont plus tolérantes envers l'institution de la *kafala*. La position de l'Italie est intéressante, car la Cour suprême italienne a jugé

---

<sup>853</sup> TONOLO Sara, « Religious Values and Conflict of Laws », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 22 février 2016, p. 1-29.



« que la *kafala* produit tous ses effets vis-à-vis d'un citoyen italien du moment que le mineur en est dépendant où qu'il ait besoin d'assistance spéciale »<sup>854</sup>, lui permettant ainsi d'avoir droit au regroupement familial. Ce dernier est souvent l'enjeu majeur des procédures diligentées auprès de ce genre d'institution, et un dispositif marocain permettant de faire évoluer la *kafala* en adoption est de nature à éviter aux familles des déconvenues et procédures complexes.

En réalité, la transformation de la *kafala* en adoption dans les autres pays ne dérange pas les autorités marocaines, mais certaines juridictions européennes la refusent, en invoquant l'intérêt suprême de l'enfant et la peur de le couper de ses racines. Ces réserves, alors qu'un changement de pays et la prise en charge par un autre foyer peuvent être la cause d'un tel traumatisme<sup>855</sup>, quelle que soit par ailleurs sa forme juridique, peuvent être diversement interprétées. Mais pour éviter de telles difficultés argumentatives et dans un souci de préserver l'intérêt des enfants et des familles, autant procéder au Maroc à des ajustements juridiques facilitant l'adoption.

Dans un cadre plus national, la question se pose dans les mêmes termes que pour le mariage, dont il devient nécessaire d'envisager une forme civile à défaut de reconnaître la validité d'une union confessionnelle pour les chrétiens marocains. Le Code de la famille renvoie la communauté juive devant ses propres instances, mais plutôt que de procéder de manière similaire pour la communauté chrétienne, il est plus pertinent d'instaurer un système d'adoption qui par sa portée générale convienne d'un point de vue chrétien et règle simultanément l'ensemble de tous ces problèmes suscités par la *kafala*.

Pour cela le Maroc peut s'inspirer de l'Égypte et de la doctrine hanéfite dans laquelle l'application de la loi islamique ne concerne pas les non-musulmans. Cette approche implique en matière judiciaire, que tant qu'un citoyen d'une autre confession ne saisit pas la justice islamique, il doit demeurer inatteignable par cette dernière,

---

<sup>854</sup> *Ibid.*

<sup>855</sup> LE BOURSICOT Marie-Christine, *op.cit.*

même si cela ne correspond pas à l'ordre public interne, et ne peut donc être poursuivi pour s'être soumis à un usage institutionnel, qui ne s'inspire pas de la loi islamique, car comme a dit Abu Hanifa « *umirn 'a bi' an natrukahum wa ma yudin 'un* »<sup>856</sup>.

Si le Maroc adopte une approche plus conciliante envers la communauté chrétienne, de nature à respecter ses droits fondamentaux, l'approche du Hanéfisme est la plus adéquate et cela implique la reconnaissance de la possibilité de l'adoption qui est reconnue par les législations laïques et chrétiennes. La juridicisation d'un certain nombre de démarches imposées par le droit de la famille est alors de nature à faciliter la mise en place d'un dispositif universel d'adoption s'adressant à toutes les personnes voulant y recourir.

La mise en place d'un système dual ne porterait pas atteinte à l'ordre public national car une telle évolution existe déjà dans un certain nombre de domaines relevant du droit de la famille<sup>857</sup> et qui, malgré leur disjonction du droit musulman traditionnel, ne contreviennent pas à l'ordre public islamique. C'est par exemple le cas en matière de divorce ou de droit successoral qui font l'objet de modification *de facto* sous l'action d'un plus en plus grand nombre de personnes recourant au testament pour corriger les quotas ou le contrat de mariage, malgré l'existence du mariage traditionnel conclu par le prononcé de Fatiha et sa reconnaissance devant les tribunaux.

L'une des conditions qui pourrait être revue dans la *kafala* internationale est l'obligation d'adhésion au culte musulman pour toute personne voulant procéder à une *kafala*. Elle est justifiée par l'ordre public marocain pour assurer la garantie de l'épanouissement de l'enfant dans un environnement culturel conforme aux traditions nationales envisagé comme un tout (le Maroc exige que le *makfoul* ait un nom arabo-musulman).

---

<sup>856</sup> « Dieu nous a ordonné de les laisser ainsi que leurs religions ». MAURITS Berger, « Secularizing interreligious law in Egypt », *Islamic law and society*, vol. 12, 1<sup>er</sup> janvier 2005, p. 394-418.

<sup>857</sup> *Ibid.*

Le but recherché est en totale adéquation avec les conventions internationales relatives aux droits de l'enfant qui visent à préserver les origines (ethnique, religieuse, culturelle et linguistique) de l'enfant<sup>858</sup>. Mais encore une fois, sa mise en œuvre s'avère complexe et incertaine. Aucune vérification efficace ne peut être diligentée dans le but de contrôler la vraie confession du *kafil*, ni sa pratique et malgré toutes les apparences il peut être adepte d'une obédience très différente de celle du pays d'origine.

Finalement, l'approche basée sur la vérification de l'appartenance religieuse pour assurer l'épanouissement de l'enfant dans le pays d'accueil est susceptible de lui porter plutôt préjudice, du moment que celui-ci ne reconnaît pas ce critère. L'adoption prononcée au Maroc peut être vue comme une sorte de *hila* permettant une transition plus souple et une reconnaissance plus rapide d'un état de fait juridique, à venir. Cela, d'autant plus que les autorités marocaines permettent la *kafala*, savent déjà que cette dernière se transformera en adoption une fois la frontière franchie<sup>859</sup>.

Cette évolution est désormais possible, car depuis la réforme le Maroc a opté pour la *kafala* judiciaire comme seul moyen permettant la *kafala*, aux dépens de la *kafala adoulaire* qui n'a plus aucune valeur juridique. Cette dernière ne fait pas disparaître les obligations des parents vis-à-vis de leur enfant alors que la *kafala* judiciaire peut être déjà assimilée dans les faits à une adoption, si on considère que l'une des conditions d'exercice de la paternité repose sur les droits et obligations qu'ont les parents vis-à-vis de leurs enfants (comme le démontre la position du Maroc à l'égard de l'expertise médicale face à la paternité).

La faiblesse de l'acte *adoulaire* a des répercussions au du point de vue international, par le manque de garanties qui accompagne son établissement, mais aussi parce qu'il ne rompt pas les liens antérieurs de l'enfant. Cela a pour conséquence le refus des autorités consulaires françaises d'accorder des visas long séjour aux

---

<sup>858</sup> Articles 8 et 20 de la convention des droits de l'enfant.

<sup>859</sup> LE BOURSICOT Marie-Christine, *op.cit.*

enfants devenus *makfoul*<sup>860</sup> par ce dispositif.

---

<sup>860</sup> **RABINEAU** Yves, *op.cit.*

## Conclusion générale

Il apparaît avec évidence que le référentiel musulman auquel le Maroc est attaché rend la réforme de son droit de la famille difficile à de nombreux égards et ce malgré l'évolution de la société et de ses besoins. Cela l'est d'autant plus vrai que de larges franges de sa population militent pour le maintien du statu quo. Dans tous les groupes sociaux, parmi ceux qui sont désireux de voir des changements s'opérer, mais aussi les autres, il existe des attitudes contradictoires. Ainsi les mêmes qui, par exemple, revendiquent le recours à l'expertise ADN afin de pouvoir écarter un potentiel héritier, crient au scandale face à son utilisation dans un différend relatif à la filiation.

En fait, l'héritage religieux et moral se heurte aux exigences de pragmatisme quand les techniques nouvelles apportent des solutions évidentes, mais aussi au désir partagé d'incorporer des valeurs sociales dont le retentissement est mondial. Quelles que soient les réticences, la réforme du droit marocain devient de plus en plus nécessaire et finira par s'imposer au législateur ainsi qu'au juge, désireux de préserver son rôle de gardien et d'interprète de la morale. Avec des rythmes variables certes, dans tous les pays, le droit finit par s'adapter aux revendications sociales et aux mutations de la morale, comme le démontrent les dernières évolutions en Arabie Saoudite, foyer du wahhabisme, où il a été mis fin à nombre de lois jugées désormais démodées.

Le droit est conduit à évoluer pour répondre aux besoins d'une société où se multiplient les échanges culturels fruits de la mondialisation et de la révolution

numérique. Même en présence d'une forte tradition musulmane structurant l'unité nationale, une société moderne et démocratique ne peut être que diversifiée sur le plan moral et philosophique, ce qui implique un droit plus laïque garant d'une coexistence sereine.

Si la religion ne veut pas être écartée du premier plan vers une position de folklore et demeurer l'élément fondamental d'une identité commune, encore faut-il que ses représentants les plus qualifiés fassent l'effort conceptuel indispensable pour qu'elle puisse remplir cette fonction sans soulever l'indignation d'une partie de la population en servant de soutien à des pratiques archaïques portant préjudice aux plus misérables et aux plus démunis comme les très jeunes filles et les enfants orphelins ou abandonnés.

En l'absence de statistiques réelles, le Maroc reste un pays dont 99 % de la population est musulmane, ce qui explique l'existence du droit d'inspiration théologique. Il tire en grande partie sa légitimité du combat qui se poursuit encore aujourd'hui pour la construction d'une identité marocaine<sup>861</sup> à l'issue des épreuves et des humiliations imposées par le colonialisme et de la lutte pour la dignité qui a conduit à l'indépendance retrouvée.

Dès lors, l'indépendance étant acquise aujourd'hui, la société aspire à plus de liberté, et ne peut accepter sans réagir une législation qui la transforme en hors-la-loi parce qu'elle revendique des droits qui sont reconnus dans de nombreux pays et communément considérés comme légitimes à l'échelle de l'humanité. À l'époque des réseaux sociaux et de la mondialisation numérique, le droit de la famille traditionnelle est de plus en plus remis en question, comme le montre l'action hors-la-loi d'un certain nombre d'intellectuels, qui a trouvé un grand écho chez les jeunes femmes, grâce aux réseaux sociaux et « hashtag », soulevant publiquement un réel questionnement, sur l'avenir du code de la famille et sa résistance face aux questions

---

<sup>861</sup> **EL HOURRI** Abdelali, « Dé-jeuneurs du Ramadan, ce que dit le Code pénal », *Medias24*, 4 juin 2016 [Consulté en 2021].

des libertés fondamentales<sup>862</sup>.

Aujourd'hui, la pratique judiciaire révèle souvent un sentiment de crispation face aux questions sociales. Alors que dans ses grandes lignes le droit de la famille est de plus en plus positif, ainsi le juge est présent presque partout qu'il s'agisse du mariage, du divorce, de la filiation ou de la pension alimentaire, dans certains domaines, tels que les questions de filiation, mariage de mineurs, mère célibataire, la morale traditionnelle impose encore des distorsions néfastes<sup>863</sup>, même si des juges ont parfois le courage d'appliquer le droit et non la morale rigidifiée et tendancieuse dictée par certains secteurs la société<sup>864</sup>.

De fait, la morale traditionnelle religieuse et sociale est confrontée à d'importants changements dans les modes de vie avec l'urbanisation, le travail salarié féminin, l'influence des idées vulgarisées par les médias mondiaux, le développement de la scolarité prolongée, et doit faire face à des aspirations à la liberté de la part des jeunes générations. En dépit des interdits moraux et légaux, les relations intimes avant le mariage sont devenues plus fréquentes, même si la pression de la famille reste encore très présente, comme le rapporte Michaëlle Gagnet : « Même les plus jeunes et diplômés [...] refusent de se marier avec une femme de seconde main »<sup>865</sup>. On constate que les rapports entre la période des fiançailles et le mariage sont aujourd'hui admis et reconnus par voie de subterfuge légal, garantissant un minimum de droit à la

---

<sup>862</sup> [https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/09/23/nous-citoyennes-et-citoyens-marocains-declarons-que-nous-sommes-hors-la-loi\\_6012648\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/09/23/nous-citoyennes-et-citoyens-marocains-declarons-que-nous-sommes-hors-la-loi_6012648_3232.html).

<sup>863</sup> La cour de cassation a méconnu encore une fois l'expertise ADN. Confirmant la position de la cour d'appel de Tanger, cette position a été surtout appuyée par la constitution surtout son article 32 qui reconnaît la famille comme seul cadre de filiation. Cette décision vient surtout consacrer la position des juridictions marocaines vis-à-vis des teste ADN, mais cette fois sur la base du droit positif, **EL HOURRI** Abdelali, « Reconnaissance d'enfant « illégitimes » : la cour de Cassation dit non », *Medias24*, 16 Avril 2021 [Consulté le 02/06/2021], Cour de Cassation, Arrêt n° 1/275, dossier 2018/1/2/365, 29 Septembre 2020.

<sup>864</sup> <https://www.lefigaro.fr/international/2017/02/24/01003-20170224ARTFIG00282-maroc-un-premier-jugement-sur-la-paternite-d-une-enfant-nee-hors-mariage.php>.

<sup>865</sup> [https://www.lepoint.fr/societe/l-amour-au-maghreb-il-fallait-parler-de-ses-secrets-et-interdits-15-07-2019-2324663\\_23.php](https://www.lepoint.fr/societe/l-amour-au-maghreb-il-fallait-parler-de-ses-secrets-et-interdits-15-07-2019-2324663_23.php).

femme et à l'enfant qui en est issu.

La société est par nature le plus grand « influenceur » du législateur, contraint de s'adapter à ses aspirations profondes quand elles deviennent dominantes et s'expriment avec force. Le mouvement d'ensemble qui appelle à une meilleure garantie des libertés fondamentales et des droits individuels a automatiquement des répercussions sur le droit de la famille. Face à ces demandes de changement, le législateur tente avant tout de protéger l'institution du mariage qu'il considère comme le fondement d'une société saine. C'est pourquoi tout ce qui semble légaliser et légitimer la relation hors mariage constitue à ses yeux un danger pour l'institution, mais au-delà pour le modèle de société qu'il entend perpétuer.

Malgré la place du mariage dans la société, avec la contractualisation du mariage et la tolérance de l'islam envers le divorce, le texte de 2004 a porté atteinte sans que cela soit prémédité à la pérennité de cette institution. Avec les nouvelles dispositions, le célibat est devenu la norme et le taux de répudiation augmente. Cette défaillance dans les objectifs, relève de plusieurs facteurs comme l'évolution des mœurs en matière de fiançailles, l'autonomie accrue des femmes, et paradoxalement, surtout, grâce au maintien, par la *Moudawana*, d'un certain nombre de pratiques qui, en réalité, n'ont plus leur place dans la société marocaine comme la polygamie et les mariages de mineurs<sup>866</sup>.

Ainsi le vrai problème que rencontre l'institution de la famille, n'est pas tant lié aux développements des libertés individuelles, qu'au maintien de normes hors d'âge et les tentatives infructueuses du législateur de les limiter avec des procédés qui n'ont finalement pas eu l'effet initialement escompté. Alors que dans d'autres pays où elle comporte des règles plus souples, l'institution de mariage ne souffre pas outre mesure, car son succès est assuré, en premier lieu, par la qualité de la protection juridique qu'elle apporte à chacun.

---

<sup>866</sup> Centre d'étude et de recherches démographiques, *Famille au Maroc : Les réseaux de solidarité familiale*, Étude, Maroc, 2011, p. 294.



Le droit marocain de la famille, est amené, tôt ou tard, à subir les modifications pour qu'il soit en mesure de prendre en considération les changements observés dans une société plus libérale, où les individus considèrent l'expérience sexuelle entre adultes consentants comme une affaire strictement personnelle ce qui retentit forcément sur l'institution de la famille et son droit.

Les différents intervenants dont ce travail s'efforce de saisir les actions et les ressorts profonds sont les acteurs parfois inconscients d'une confrontation multiforme entre des bastions d'un conservatisme moral adossé à un milieu rural où il trouve facilement ses soutiens inconditionnels, à des milieux populaires frappés par la pauvreté, la précarité et l'ignorance qui les rendent méfiants envers la technique et la modernité et un vaste secteur de classes moyennes de plus en plus cultivées accédant à des standards de vie et de pensée internationaux qui aspirent à vivre dans un cadre juridique totalement rénové.

**Annexes**



Contact

Accueil / Documents de référence / Discours Royaux

## Discours de SM Le Roi Mohammed VI à l'ouverture de la deuxième année législative de la 7-ème législature 2003

09/10/2003

le 10 Octobre 2003

"Louange à Dieu,  
Prière et Salut sur le Prophète, Sa Famille et Ses Compagnons,

Mesdames et Messieurs les honorables parlementaires,

En ouvrant cette session parlementaire, Nous parachevons le renouvellement des institutions constitutionnelles, concrétisant ainsi Notre ferme volonté de mettre le processus démocratique sur la bonne voie en tant qu'option irréversible, quels que soient les défis aux niveaux national et international.

Mais si nous sommes fiers de la réalisation de ce bond qualitatif, est-ce à dire que nous avons déjà atteint l'objectif ultime auquel nous aspirons?

Ainsi que Nous l'avons maintes fois rappelé, il n'y a pas de démocratie sans démocrates. La démocratie est un processus long et ardu et non un champ virtuel de guerre de positions. Il s'agit, plutôt, d'une citoyenneté engagée et une pratique incontournable de bonne gestion des affaires publiques, au niveau local en particulier.

La consolidation de la démocratie passe nécessairement par l'ancrage de la culture de la citoyenneté, mission qui, du reste,

+A

A

-A



المملكة المغربية  
مجلس النواب  
٥٠٢٢٤٢٢ | ٤٢٤٠



Et, quelle que soit la composition des Conseils élus, Nous ne cesserons, néanmoins, de poser la question essentielle suivante : l'élection est-elle une fin en soi, marquant l'aboutissement ultime du parcours ? Assurément non, car le respect de la volonté populaire exige de se défaire de la mentalité de la démocratie des sièges, au profit d'une adhésion franche aux vertus de la démocratie du développement.

Dans la perspective de tirer tous les enseignements qui s'imposent de l'élection des Conseils représentatifs, et de réunir les conditions requises pour en assurer la rationalisation, Nous Nous limiterons aujourd'hui à évoquer le renouvellement de l'élection des Conseils des collectivités locales, qui incarnent la démocratie participative et de proximité, et forment le noyau dur de la Chambre des Conseillers.

Nous engageons les collectivités locales à tourner la page de la compétition électorale, somme toute passagère, pour ouvrir les chantiers essentiels de l'action sociale, refusant de baisser les bras devant l'ampleur des difficultés et s'employant, en revanche, à élaborer des plans de développement locaux, en vue de la mise en oeuvre concrète des chantiers prioritaires que sont l'habitat salubre, l'investissement porteur, l'emploi productif, l'enseignement utile et la création des conditions d'une vie digne pour tous.

Voilà qui va stimuler les citoyens qui, du reste, doivent être associés, de manière effective et permanente, à la réalisation des projets de développement répondant à leurs préoccupations réelles. Telle est la voie à emprunter pour la réhabilitation de la démocratie locale, laquelle doit être une relation synergique et permanente avec les citoyens, plutôt qu'un exercice de circonstance qui ne dure que le temps d'un scrutin.

Nous tenons à féliciter les nouveaux élus, et Nous Nous réjouissons du score élevé réalisé par les jeunes les plus qualifiés. Toutefois, le faible niveau de représentation féminine dans les

المملكة المغربية  
مجلس النواب  
...٢٠٢١...٢٠٢٠



La question exige, sans aucun doute, un renouveau global, par une transformation profonde des mentalités archaïques et de la conscience collective. Elle requiert de laisser à la femme la faculté de s'insérer dans tous les rouages de la vie de la nation, d'autant plus qu'elle a fait la démonstration de ses mérites, de sa droiture et de son dévouement au service de l'intérêt général.

Corrélativement aux Hautes Directives que Nous avons données aux autorités publiques pour apporter leur appui aux collectivités locales, Nous n'avons pas manqué d'insister sur la nécessité pour ces autorités de faire preuve de vigilance, de fermeté et de contrôle continu pour s'assurer de l'exercice optimal par les Conseils élus, des larges prérogatives qui leur sont dévolues par la loi.

Parallèlement à la mise en garde que Nous lançons contre l'irresponsabilité et la mauvaise gestion, même de la part d'un élu ayant obtenu une forte majorité, Nous tenons à rappeler en particulier Nos Hautes Instructions visant la pénalisation d'actes favorisant la prolifération de l'habitat insalubre et l'application ferme, efficace et sans complaisance de la loi à l'encontre de tous les manipulateurs.

Nous considérons que la collectivité locale ne peut s'acquitter pleinement de sa mission qu'en conjuguant ses efforts avec ceux de l'Ecole et de la Famille, trois institutions sur lesquelles se focalise Notre ferme volonté de réforme visant l'édification d'une société démocratique, moderniste.

Nous avons suffisamment insisté sur la nécessaire mise en oeuvre optimale de la Charte Nationale de l'Education et de la Formation. Nous Nous contenterons aujourd'hui de prévenir, mais avec force, que cette année constitue un tournant décisif pour la réalisation de cette réforme essentielle. Aussi, faut-il se résoudre à prendre, à cet égard, les décisions audacieuses qui s'imposent, faire preuve de tout le courage et de toute la fermeté requise et veiller à la mise

المملكة المغربية  
مجلس النواب  
٥٠٢٢٤٢٢ | ٤٢٤٠٥



Femme, J'en ai déjà énoncé la problématique fondamentale dès le lendemain de Mon Accession à la Charge Suprême d'Amir Al Mouminine, en M'interrogeant dans le discours du 20 Août 1999 :

" Comment espérer assurer progrès et prospérité à une société alors que ses femmes, qui en constituent la moitié, voient leurs droits bafoués et pâtissent d'injustice, de violence et de marginalisation, au mépris du droit à la dignité et à l'équité que leur confère notre sainte religion ?"

Outre les multiples décisions et initiatives que Nous avons prises et qui étaient autant de signaux forts en faveur de la promotion, dans l'équité, de la condition de la femme, Nous n'avons pas hésité à intervenir pour épargner à la société les risques de déchirements autour de cette question.

Nous avons constitué, à cet effet, une commission consultative composée de divers profils et compétences, chargée de Nous soumettre des propositions sur une réforme substantielle de la Moudawana. Depuis, Nous n'avons cessé de lui prodiguer Nos Hautes Directives, jusqu'à ce qu'elle ait soumis à Notre Haute Appréciation les résultats de ses travaux.

A cet égard, Nous tenons à rendre hommage aux efforts déployés par son Président et tous ses membres. Si les avis étaient quelques fois éloignés sur certaines questions, nous considérons, cependant, qu'entre Oulémas, les divergences sont plutôt porteuses de bénédiction.

En adressant Nos Hautes Directives à cette Commission, et en Nous prononçant sur le projet de Code de la Famille, Nous entendons voir introduire les réformes substantielles suivantes :

1- Adopter une formulation moderne, en lieu et place des concepts qui portent atteinte à la dignité et à l'humanisme de la femme.

- Placer la famille sous la responsabilité conjointe des deux époux.

A cet égard, Mon Aïeul le Prophète Sidna Mohammed, "Paix et



المملكة المغربية  
مجلس النواب  
٥٠٢٢٤٢٢ | ٤٢٤٠٥



2- Faire de la tutelle (wilaya) un droit de la femme majeure, qu'elle exerce selon son choix et ses intérêts, et ce, en vertu d'une lecture d'un verset coranique selon laquelle la femme ne saurait être obligée à contracter un mariage contre son gré : "Ne les empêchez pas de renouer les liens de mariage avec leurs maris si les deux époux conviennent de ce qu'ils croient juste". La femme peut, toutefois, mandater de son plein gré à cet effet, son père ou un de ses proches.

3- Assurer l'égalité entre l'homme et la femme pour ce qui concerne l'âge du mariage, fixé uniformément, à 18 ans, en accord avec certaines prescriptions du Rite Malékite; et laisser à la discrétion du juge la faculté de réduire cet âge dans les cas justifiés. Assurer également l'égalité entre la fille et le garçon confiés à la garde, en leur laissant la latitude de choisir leur dévolutaire, à l'âge de 15 ans.

4- S'agissant de la polygamie, Nous avons veillé à ce qu'il soit tenu compte des desseins de l'Islam tolérant qui est attaché à la notion de justice, à telle enseigne que le Tout-Puissant a assorti la possibilité de polygamie d'une série de restrictions sévères.

" Si vous craignez d'être injustes, n'en épousez qu'une seule".

Mais le Très-Haut a écarté l'hypothèse d'une parfaite équité, en disant en substance "vous ne pouvez traiter toutes vos femmes avec égalité, quand bien même vous y tiendriez".

De même, avons-Nous gardé à l'esprit cette sagesse remarquable de l'Islam qui autorise l'homme à prendre une seconde épouse, en toute légalité, pour des raisons de force majeure, selon des critères stricts draconiens, et avec, en outre, l'autorisation du juge.

En revanche, dans l'hypothèse d'une interdiction formelle de la polygamie, l'homme serait tenté de recourir à une polygamie de fait, mais illicite. Par conséquent, la polygamie n'est autorisée que selon les cas et dans les conditions légales ci-après :

المملكة المغربية  
مجلس النواب



... que son mariage dispose d'un argument objectif  
exceptionnel pour justifier son recours à la polygamie;

- La femme peut subordonner son mariage à la condition, consignée dans l'acte, que son mari s'engage à s'abstenir de prendre d'autres épouses : Cette conditionalité est, en fait, assimilée à un droit qui lui revient.

A cet égard, Omar Ibn Khattab, que Dieu soit satisfait de lui-a dit : "Les droits ne valent que par les conditions y attachées", "Le contrat tient lieu de loi pour les parties" ("Pacta Sunt Servanda"). En l'absence d'une telle condition, il lui appartient de convoquer la première épouse et demander son consentement, aviser la deuxième épouse que son conjoint est déjà marié, et recueillir également son assentiment.

En outre, il devrait être loisible à la femme dont le mari vient de prendre une deuxième épouse de réclamer le divorce pour cause de préjudice subi.

5- Concrétisant la Haute Sollicitude Royale dont Nous entourons Nos chers sujets résidant à l'étranger, et afin de lever les contraintes et les difficultés qu'ils subissent à l'occasion de l'établissement d'un acte de mariage, et en simplifiant la procédure, de sorte qu'il soit suffisant de l'établir en présence de deux témoins musulmans, en conformité avec les procédures en vigueur dans le pays d'accueil, et de le faire enregistrer par les services consulaires ou judiciaires marocains, conformément à cette recommandation du Prophète : "Facilitez, ne compliquez point" !

6- 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 répudiation reconnu à l'homme, en lui attachant des normes et conditions visant à prévenir un usage abusif de ce droit. Le Prophète-Prière et Salut soient sur Lui - dit à cet égard : " le plus exécrationnable (des actes) licites,



المملكة المغربية  
مجلس النواب  
٥٠٧٧٤٤٢ | ٤٤٤٠٥٠  
le juge.



Si le pouvoir de répudiation revient au mari, l'épouse en a également la prérogative, par le biais du droit d'option. Dans tous les cas de figure, il faudra, avant d'autoriser la répudiation, s'assurer que la femme répudiée bénéficiera de tous les droits qui lui sont reconnus.

Par ailleurs, une nouvelle procédure de répudiation a été adoptée. Elle requiert l'autorisation préalable du tribunal et le règlement des droits dus à la femme et aux enfants par le mari, avant l'enregistrement du divorce. Elle stipule, en outre, l'irrecevabilité de la répudiation verbale dans des cas exceptionnels.

7- Elargir le droit dont dispose la femme pour demander le divorce judiciaire, pour cause de manquement du mari à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage, ou pour préjudice subi par l'épouse, tel que le défaut d'entretien, l'abandon du domicile conjugal, la violence ou tout autre sévices, et ce, conformément à la règle jurisprudentielle générale qui prône l'équilibre et le juste milieu dans les relations conjugales. Cette disposition répond également au souci de renforcer l'égalité et l'équité entre les deux conjoints.

De même qu'a été institué le divorce par consentement mutuel, sous le contrôle du juge.

8- Préserver les droits de l'enfant en insérant dans le Code les dispositions pertinentes des conventions internationales ratifiées par le Maroc et en garantissant l'intérêt de l'enfant en matière de garde, laquelle devrait être confiée à la mère, puis au père, puis à la grand-mère maternelle.

En cas d'empêchement, il appartient au juge de décider de l'octroi de la garde au plus apte à l'assumer parmi les proches de l'enfant et en tenant compte du seul intérêt de l'enfant.

Par ailleurs, la garantie d'un logement décent pour l'enfant, objet



9- Protéger le droit de l'enfant à la reconnaissance de sa paternité au cas où le mariage ne serait pas formalisé par un acte, pour des raisons de force majeure. Le tribunal s'appuie, à cet effet, sur les éléments de preuve tendant à établir la filiation.

Par ailleurs, une période de cinq ans, est prévue pour régler les questions restées en suspens dans ce domaine, et ce pour épargner les souffrances et les privations aux enfants dans une telle situation.

10- Conférer à la petite - fille et au petit -fils du côté de la mère, le droit d'hériter de leur grand-père, dans le legs obligatoire, au même titre que les petits-enfants du côté du fils, et ce, en application du principe de l'effort jurisprudentiel (l'Ijtihad) et dans un souci de justice et d'équité.

11- S'agissant de la question de la gestion des biens acquis par les conjoints pendant le mariage. Tout en retenant la règle de séparation de leurs patrimoines respectifs, les conjoints peuvent, en principe, convenir du mode de gestion des biens acquis en commun, dans un document séparé de l'acte de mariage. En cas de désaccord, il est fait recours au juge qui se base sur les conditions générales de preuve pour évaluer la contribution de chacun des deux époux pour la fructification des biens de la famille.

Mesdames et Messieurs les honorables Parlementaires,

Ces réformes dont Nous venons d'énoncer les plus importantes, ne doivent pas être perçues comme une victoire d'un camp sur un autre, mais plutôt comme des acquis au bénéfice de tous les Marocains. Nous avons veillé à ce qu'elles cadrent avec les principes et les références ci-après :

- Je ne peux, en Ma qualité d'Amir Al Mouminine, autoriser ce que Dieu a prohibé, ni interdire ce que le Très-Haut a autorisé;
- Il est nécessaire de s'inspirer des desseins de l'Islam tolérant qui

المملكة المغربية  
مجلس النواب



... nos époques, en vue d'élaborer un Code moderne de la Famille, en parfaite adéquation avec l'esprit de notre religion tolérante.

- Le Code ne devrait pas être considéré comme une loi édictée à l'intention exclusive de la femme, mais plutôt comme un dispositif destiné à toute la famille, père, mère et enfants. Il obéit au souci, à la fois, de lever l'iniquité qui pèse sur les femmes, de protéger les droits des enfants, et de préserver la dignité de l'Homme.

Qui, parmi vous, accepterait que sa famille, sa femme et ses enfants soient jetés à la rue, ou que sa fille ou sa soeur soit maltraitée ?

- Roi de tous les Marocains, Nous ne légiférons pas en faveur de telle ou telle catégorie, telle ou telle partie. Nous incarnons la volonté collective de la Oumma, que Nous considérons comme Notre grande famille.

Soucieux de préserver les droits de Nos fidèles sujets de confession juive, Nous avons tenu à ce que soit réaffirmée, dans le nouveau Code de la Famille, l'application à leur égard des dispositions du statut personnel hébraïque marocain.

Bien que le Code de 1957 ait été établi avant l'institution du Parlement, et amendé, par Dahir, en 1993 au cours d'une période constitutionnelle transitoire, Nous avons jugé nécessaire et judicieux que le Parlement soit saisi, pour la première fois, du projet de Code de la Famille, eu égard aux obligations civiles qu'il comporte, étant entendu que ses dispositions à caractère religieux relèvent du ressort exclusif d'Amir Al Mouminine.

Nous attendons de vous d'être à la hauteur de cette responsabilité historique, tant par le respect de la sacralité des dispositions du projet qui s'inspirent des desseins de notre religion généreuse et tolérante, qu'à l'occasion de l'adoption d'autres dispositions.

Ces dispositions ne doivent pas être perçues comme des textes parfaits, ni appréhendées avec fanatisme. Il s'agit plutôt de les

المملكة المغربية  
مجلس النواب  
الجمهورية المغربية



En Notre qualité d'Amir Al Mouminine, Nous jugerons votre travail en la matière, en Nous fondant sur ces prescriptions divines : "consulte- les sur la question" et "si ta décision est prise, tu peux compter sur l'appui de Dieu".

Soucieux de réunir les conditions d'une mise en oeuvre efficiente du Code de la Famille, Nous avons adressé à Notre Ministre de la Justice, une Lettre Royale, faisant remarquer que la mise en oeuvre de ce texte, quels que soient, par ailleurs, les éléments de réforme qu'il comporte, reste tributaire de la création de juridictions de la Famille qui soient équitables, modernes et efficaces.

En effet, l'application du Code actuel a confirmé que les lacunes et les défaillances qui ont été relevées, ne tenaient pas seulement aux dispositions proprement dites du Code, mais plutôt à l'absence de juridictions de la Famille qualifiées sur les plans matériel, humain et de procédure, à même de réunir les conditions de justice et d'équité nécessaires et de garantir la célérité requise dans le traitement des dossiers et l'exécution des jugements.

Nous lui avons également ordonné, outre la mise en place rapide du Fonds d'entraide familiale, de prévoir des locaux convenables pour les juridictions de la Famille, dans les différents tribunaux du Royaume, et de veiller à la formation de cadres qualifiés de différents niveaux, eu égard aux pouvoirs que confère le présent projet à la Justice.

Nous lui avons, en outre, ordonné de soumettre à Notre Majesté, des propositions pour la mise en place d'une commission d'experts, chargée d'élaborer un guide pratique comportant les différents actes, dispositions et procédures concernant les juridictions de la Famille, afin d'en faire une référence unifiée pour ces juridictions, tenant lieu de mode d'application du Code de la Famille.

Il importe également de veiller à réduire les délais prévus dans le



المملكة المغربية  
مجلس النواب  
٥٠٢٢٤٢٢ | ٤٢٤٠٥



De même qu'il convient de lancer une large campagne médiatique, pour sensibiliser toutes les couches de la société quant à l'importance de cette réforme, et ce, avec la participation de juristes et de différentes sensibilités intellectuelles et politiques.

Quelle que soit l'importance des questions qui vous sont soumises, la cause sacrée de l'intégrité territoriale du Royaume doit rester à la tête des questions nécessitant une mobilisation générale.

Aussi vous exhortons-Nous à user activement de la diplomatie parlementaire pour défendre cette cause avec audace, efficacité et d'une manière offensive, à toutes les occasions et devant toutes les instances.

Nous tenons, à cet égard, à rendre hommage à la participation dynamique des représentants des Provinces du Sud au sein des institutions élues, participation qui confirme leur adhésion à Notre option nationale pour la gestion démocratique de leurs affaires locales dans le cadre de l'unité nationale et de l'intégrité territoriale du Royaume, qui fait l'objet d'une unanimité sans faille de Notre cher peuple sous la conduite de Notre Majesté.

Je suis déterminé à aller de l'avant dans la mise en oeuvre de toutes les réformes, avec la participation de toutes les forces vives, et en particulier, la jeunesse, pour ancrer chez elle les valeurs de la citoyenneté positive, et pour qu'elle contribue à l'édification du Maroc de la démocratie, de la solidarité et du développement.

A cet égard, Nous réaffirmons Notre volonté de consacrer cette année à la consolidation des principaux piliers de ce projet, à savoir la famille stable, l'Ecole d'avant-garde et la collectivité locale mobilisée au service de l'intérêt général et du raffermissement des fondements de l'Etat démocratique, fort de ses institutions efficaces.

## Agenda

Wa Salamou Alaïkoum Wa Rahamatou Allah Wa Barakatouh".

**Des modèles de jugements du Tribunal de 1<sup>er</sup> Instance d'Azilal de cas  
de mariage de filles mineures**

**Modèles de décisions de rejet de la demande d'autorisation**

1.Rejet de la demande basé sur une expertise médicale qui indique que la fille n'est pas apte pour le mariage

Voici la teneur d'une décision juridique déclarée par le juge de la famille chargé du mariage au sein du Tribunal de 1<sup>er</sup> Instance d'Azilal :

« Vu la demande présentée par Monsieur A.A. mandataire de sa fille mineure Fatima, née en date du 28/04/1999, et après règlement des taxes judiciaires y afférentes en date du 20/7/2016, dans laquelle il sollicite avoir l'autorisation pour marier sa fille du prénomné H.B

Vu le procès verbal d'audition des parents de la mineure dans lequel, ils affirment que leur fille se réjouit des capacités physiques et mentales pour être mariée malgré ne pas avoir l'âge légal du mariage.

Vu l'expertise effectuée par l'expert susmentionné et datée du 25/7/2016, d'où il ressort que la mineure n'est pas apte physiquement pour le mariage.

Vu la demande écrite versée dans le dossier par le procureur du Roi.

Attendu qu'en se basant sur l'expertise susmentionnée la demande d'autorisation de mariage n'a pas de fondements à cause de l'incapacité physique du mineure pour être mariée, et ce selon le rapport de l'expertise médicale versé dans le dossier, nous avons décidé par la suite de rejeter la demande. »<sup>25</sup>

2. Rejet de la demande parce que la fille est enceinte :

Suit la teneur d'une autre décision :

“ En vertu de la demande déposée par M. A.A mandataire de sa fille mineure nommée Aicha, née en date du 01/01/1999, et après règlement des taxes judiciaires y afférentes en date du 08/11/2016, dans laquelle il sollicite avoir l'autorisation pour marier sa fille du prénommé suscité.

Vu le procès verbal d'audition des parents de la mineure, dans lequel ils affirment que leur fille se réjouit des capacités physiques et mentales pour être mariée malgré ne pas avoir l'âge légal du mariage.

---

<sup>25</sup> section de la justice de la famille au Tribunal de 1<sup>er</sup> Instance d'Azilal, dossier n° 129/2016 ; en date du 25/7/2016

Etude diagnostique du phénomène de mariage des filles mineures entre législation, jurisprudence et pratique :  
cas des filles de la province d'Azilal

Vu l'enquête sociale établie par le tribunal dans laquelle la mineure a déclaré son approbation malgré ne pas avoir atteint l'âge majeur légal du mariage et qu'elle est enceinte de 4 mois.

Vu la demande écrite versée dans le dossier par le procureur du Roi.

Attendu qu'en se basant sur l'enquête sociale susmentionnée, la demande d'autorisation de mariage n'a pas de fondements légaux parce que la mineure est enceinte de 4 mois, ce qui présente un empêchement du mariage comme prévu dans l'article 39 du Code de la Famille, et suscite par conséquent le rejet de la demande.<sup>26</sup>

3- Rejet de la demande après établissement d'une enquête sociale qui a révélé l'existence de la contrainte

Suit la teneur d'une autre décision :

'' ' En vertu de la demande déposée par la mineure GH.J née le 01/08/1993, qui porte sa propre signature et celle de son tuteur matrimonial, déposée auprès du greffier dudit Tribunal, et après règlement des taxes judiciaires y afférentes ; dans laquelle elle sollicite l'obtention de l'autorisation du mariage avec le nommé JB en déclarant qu'elle est majeure et capable d'assumer la responsabilité du mariage.

Vu le procès verbal d'audition du père de la mineure dans lequel, il affirme que sa fille est majeure, se réjouit des capacités physiques et mentales pour être mariée malgré ne pas avoir l'âge légal du mariage.

---

<sup>26</sup> section de la justice de la famille au Tribunal de 1<sup>er</sup> Instance d'Azilal, dossier n° 306/2016 ; en date du 14/11/2016



Etude diagnostique du phénomène de mariage des filles mineures entre législation, jurisprudence et pratique :  
cas des filles de la province d'Azilal

Vu la demande écrite versée dans le dossier par le procureur du Roi qui sollicite le rejet de la demande.

Attendu que le tribunal a procédé à une enquête dans laquelle il a entendu la mineure (seule) ; celle-ci a déclaré que son père la contraint à se marier de son proche, qu'elle n'est pas d'accord, et qu'elle ne trouve pas que le fiancé est le mari convenable pour elle.

Attendu que le consentement est condition d'un mariage valide afin de construire une famille stable.

Attendu qu'en se basant sur ce qui précède, le tribunal a jugé que l'intérêt de la fille mineure n'est pas pris en considération ; pour ce le tribunal a rejeté la demande.<sup>27</sup>

#### **Des modèles de recevabilité de la demande :**

Suit la teneur d'une autre décision :

“Vu la demande présentée par monsieur T O en sa qualité de mandataire de sa fille mineure nommée Sanae, née en date du 20/04/1999, et après règlement des taxes judiciaires y afférentes en date du 31/10/2016, dans laquelle il sollicite avoir l'autorisation pour marier sa fille susmentionnée.

Vu le procès verbal d'audition du père de la mineure où il affirme que sa fille a les capacités physiques et mentales et qu'il approuve son mariage malgré qu'elle est encore mineure.

---

<sup>27</sup> section de la justice de la famille au Tribunal de 1<sup>er</sup> Instance d'Azilal, dossier n° 11/127 ; en date du 3/06/2011

Etude diagnostique du phénomène de mariage des filles mineures entre législation, jurisprudence et pratique :  
cas des filles de la province d'Azilal

Et vu la demande écrite versée par le Procureur Général dans le dossier visant l'application de la loi.

Vu qu'il ressort de l'enquête sociale effectuée par ledit tribunal que la fille mineure est capable de se marier et d'assumer sa responsabilité ; en outre elle est mature du côté intellectuel et cognitif ce qui la rend qualifiée pour le mariage. Et selon ses déclarations, ses règles menstruelles sont régulières depuis plus de dix ans ; et qu'elle voit dans le fiancé le bon mari.

Attendu que la mineure ne pratique aucun travail ou métier rentable ;

Attendu que le tuteur légal de la mineure a exprimé son approbation pour ce mariage, en voyant que la situation financière aisée du fiancé peut lui garantir une vie décente.

Par ces motifs, l'intérêt de la mineure est pour le mariage sauf son âge mineur.<sup>28, \*</sup>

Suit la teneur d'une autre décision :

“ En vertu de la demande déposée par la mineure S A. née le 10/04/1994, qui porte sa propre signature et celle de son tuteur matrimonial, déposée auprès du greffier dudit Tribunal, et après règlement des taxes judiciaires y afférentes ; elle sollicite l'obtention de l'autorisation du mariage avec le nommé MA en déclarant qu'elle est majeure et capable d'assumer la responsabilité du mariage.

---

<sup>28</sup> section de la justice de la famille au Tribunal de 1<sup>er</sup> Instance d'Azilal, dossier n° 298/16 ; en date du 31/10/2016.

Etude diagnostique du phénomène de mariage des filles mineures entre législation, jurisprudence et pratique :  
cas des filles de la province d'Azilal

Vu le procès verbal d'audition du père de la mineure dans lequel il affirme que sa fille est majeure, se réjouit des capacités physiques et mentales pour être mariée malgré son âge mineur.

Vu le rapport de l'expertise réalisée par le docteur expert Joumeâ Ouaghad daté du 21 janvier 2011 qui affirme que la fille mineure est apte pour le mariage et la grossesse.

Et vu la demande écrite versée par le Procureur Général dans le dossier sollicitant le jugement par l'autorisation de ce mariage ;

Attendu qu'il ressort de l'enquête sociale effectuée par le tribunal que la fille mineure a atteint le stade de la maturité physique en affichant les signes extérieurs de la puberté ; que ses règles menstruelles sont régulières depuis 6 mois ; et qu'elle est mature intellectuellement et cognitivement.

Attendu que le tuteur matrimonial de la mineure, dont la situation financière est vulnérable, approuve ce mariage et que la fille ne pratique aucun travail rentable et ne poursuit pas des études.

Attendu que le fiancé susmentionné, dont la situation financière peut fournir à la fille mineure une vie décente, est apte pour le mariage et peut assumer ses charges

Attendu qu'il ressort de tout ce qui précède, l'intérêt de la mineure est dans ce mariage sauf son âge mineur.

En application des deux articles 20 et 21 du Code de la Famille.

Etude diagnostique du phénomène de mariage des filles mineures entre législation, jurisprudence et pratique :  
cas des filles de la province d'Azilal

Par ces motifs, nous jugeons par l'autorisation de marier la fille mineure SA du nommé MS.''<sup>29</sup>

Suit la teneur d'une autre décision :

' ' En vertu de la demande déposée par la mineure AT née le 12/02/1994, qui porte sa propre signature et celle de son tuteur matrimonial, déposée auprès du greffier dudit Tribunal, et après règlement des taxes judiciaires y afférentes ; elle sollicite l'obtention de l'autorisation du mariage avec le nommé HB en déclarant qu'elle est majeure et capable d'assumer la responsabilité du mariage.

Vu le procès verbal d'audition du tuteur de la mineure dans lequel il affirme que sa fille est majeure, se réjouit des capacités physiques et mentales pour être mariée et qu'il donne son approbation pour conclure ce mariage malgré son âge mineur.

Vu le rapport de l'expertise réalisée par le docteur expert Elhoucine Derbou daté du 17 décembre 2010 qui affirme que la fille mineure est apte pour le mariage et la grossesse.

---

<sup>29</sup> Section de la Justice de la Famille, Tribunal de 1<sup>er</sup> Instance d'Azilal, dossier n°13/11 en date du 21/01/2011.

On remarque que la phrase " Attendu que le tuteur matrimonial de la mineure, dont la situation financière est vulnérable, approuve ce mariage..." est répétée dans plusieurs jugements d'autorisation pour marier des filles mineures, parmi lesquels :

Dossier n° 580/11, daté du 20/12/10

Dossier n° 578/10, daté du 20/12/10

Dossier n° 579/10, daté du 20/12/10

Etude diagnostique du phénomène de mariage des filles mineures entre législation, jurisprudence et pratique :  
cas des filles de la province d'Azilal

Et vu la demande écrite datée du 17/12/2010, versée par le Procureur Général dans le dossier sollicitant le jugement par l'autorisation de ce mariage ;

Attendu qu'il ressort de l'enquête sociale effectuée par le tribunal que la fille mineure a atteint le stade de la maturité physique en affichant les signes extérieurs de la puberté ; que ses règles menstruelles sont régulières depuis plus de 4 ans ; et qu'elle est mature intellectuellement et cognitivement.

Attendu que le tuteur matrimonial de la mineure, dont la situation financière est vulnérable, approuve ce mariage ; que la fille ne pratique aucun travail rentable et ne poursuit pas des études.

Attendu que le fiancé susmentionné, dont la situation financière peut fournir à la fille mineure une vie décente, est apte pour le mariage et peut assumer ses charges.

Attendu qu'il ressort de tout ce qui précède, l'intérêt de la mineure est dans ce mariage sauf son âge mineur.<sup>30</sup>



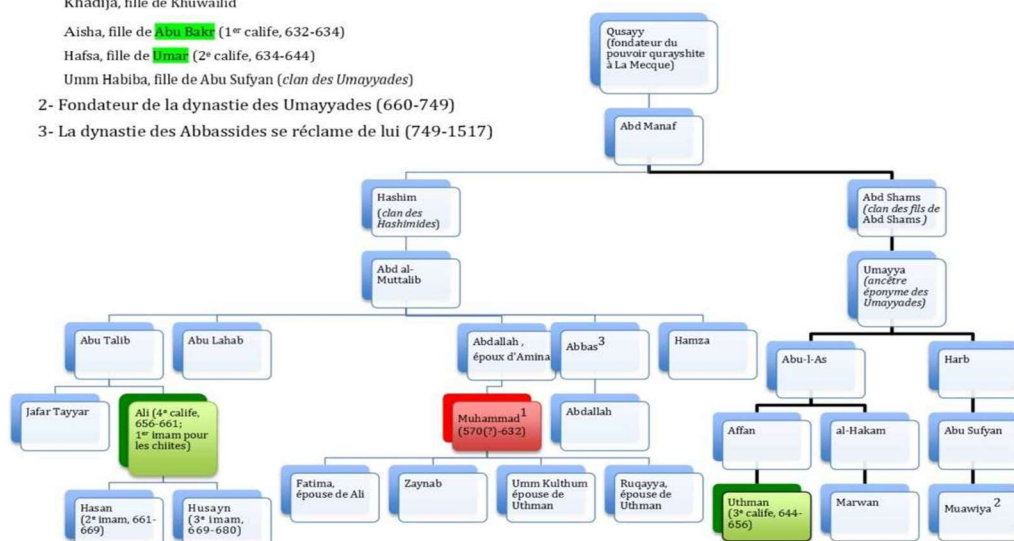
## Généalogie de Muhammad (570?-632)

### 1- Principales épouses de Muhammad :

- Khadija, fille de Khuwailid
- Aisha, fille de **Abu Bakr** (1<sup>er</sup> calife, 632-634)
- Hafsa, fille de **Umar** (2<sup>e</sup> calife, 634-644)
- Umm Habiba, fille de Abu Sufyan (*clan des Umayyades*)

### 2- Fondateur de la dynastie des Umayyades (660-749)

### 3- La dynastie des Abbassides se réclame de lui (749-1517)



**Note 1** Pour le schéma généalogique, la référence de base paraît être la suivante : Marshall G. S. HODGSON, *The Venture of Islam : Conscience and History in a World Civilization, Volume I. The Classical Age of Islam*, Chicago / London : The University of Chicago Press, 1974, p. 168.

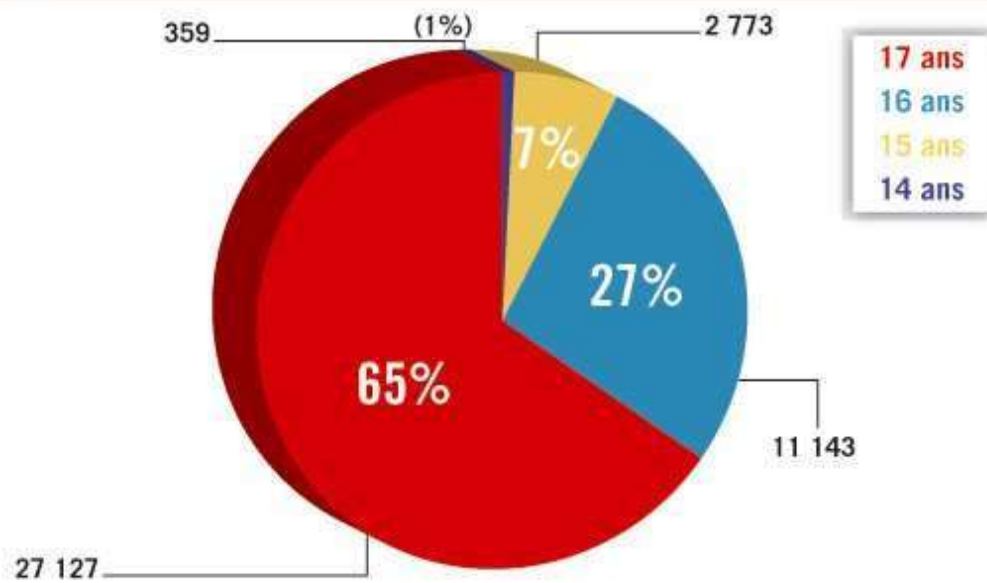
**Note 2** Je remercie M. Raphaël Messier qui s'est chargé du graphisme, et Mme Monique Cardinal, islamologue et professeure à la Faculté de théologie et de sciences religieuses de l'Université Laval, d'avoir révisé les données proposées ici.

### Notes explicatives<sup>1</sup>

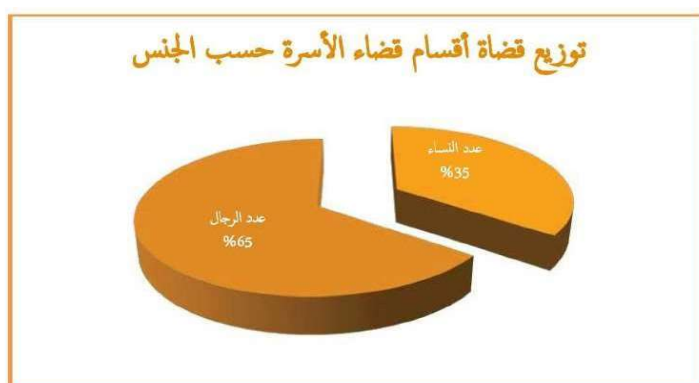
- Muhammad, le Prophète et Envoyé de Dieu reconnu par l'islam, appartient à la tribu arabe des Qurayshites, qui se déployait autour de La Mecque. Le pouvoir de cette tribu à La Mecque remonte à Qusayy.
- La tribu des Qurayshites était segmentée en plusieurs clans, entre autres celui des Hachimides (les Banu Hashim, ou fils de Hashim), dans lequel est né Muhammad; et le clan des fils de Abd Shams dont fait partie la grande famille des Umayyades.
- Muhammad est le fils de Abdallah et de son épouse Amina. Il perd son père avant sa naissance (et sa mère à six ans). Son grand-père est Abd al-Muttalib, alors chef du clan ou sayyid. À la mort de celui-ci, c'est Abu Talib, l'oncle de Muhammad, qui devient chef du clan des Banu Hashim et qui se charge de l'enfant.
- Muhammad entre vers vingt ans au service d'une riche caravanière du nom de Khadija, qu'il finit par épouser. De ce mariage naissent plusieurs enfants : entre autres Ruqayya, Zaynab, Umm Kulthum et Fatima, ainsi que deux garçons morts en bas âge.
- Les Umayyades sont une famille de gros commerçants qui se sont vite opposés aux prédications de Muhammad. Ils auraient provoqué son expropriation (l'hégire en 622) de La Mecque à l'oasis de Yathrib (qui deviendra al-Madina ou Médine, la ville du Prophète). Ils se rallient à la dernière minute, quand Muhammad réapparaît vainqueur à La Mecque en 630 et qu'ils ne peuvent faire autre chose que de se soumettre à lui.
- Après la mort de Muhammad en 632, quatre califes se succèdent à la tête de la nouvelle communauté.
  - Le premier, Abu Bakr (632-634), est le père de Aisha, une des principales épouses de Muhammad, et donc le beau-père de celui-ci : il appartient au clan des Taym (un clan mineur de la tribu de Quraysh).
  - Le second, Umar b. al-Khattab (634-644), est le père de Hafsa, une autre des principales épouses de Muhammad, et donc le beau-père de celui-ci : il appartient au clan des Adi (un clan mineur de la tribu de Quraysh).
  - Le vent change de côté, et c'est Uthman (644-656), un représentant de la famille des Umayyades, qui devient le troisième calife; il épouse deux des filles de Muhammad, Ruqayya et Umm Kulthum.
  - Le quatrième calife est Ali, fils de Abu Talib (656-661). Membre du clan des Banu Hashim, il est le cousin et le gendre du Prophète, époux de sa fille Fatima.
- C'est cette même opposition entre les partisans des Umayyades et ceux de Ali qui trouve un dénouement lors de la fameuse bataille de Siffin en juin-juillet 657, qui oppose justement Muawiya et Ali et qui se solde par un recours à l'arbitrage. Ce conflit ne concerne pas un problème de croyance, mais de légitimation politico-religieuse.
  - Les Kharjites soutiennent qu'il faut abandonner les questions tribales ou familiales et s'en tenir aux valeurs coraniques : tout croyant peut succéder à Muhammad.
  - Les partisans de Ali (les proto-chiites) maintiennent que, pour succéder à Muhammad, il faut appartenir à la famille immédiate du Prophète, et donc au clan des Hachimides.
  - Les autres sont ceux qui soutiennent les Umayyades; ce sont des gens pragmatiques et conscients de leur force et de leur triomphe; ils pensent que, pour succéder au Prophète, il suffit d'appartenir à la tribu des Qurayshites; on les appellera plus tard les Sunnites.

<sup>1</sup> Document préparé par André Couture dans le cadre du cours SCR-1000 Introduction à l'étude des religions.

### Age moyen des mineurs, cas du mariage (2007-2018)



Source : Enquête de l'association Droits et Justice



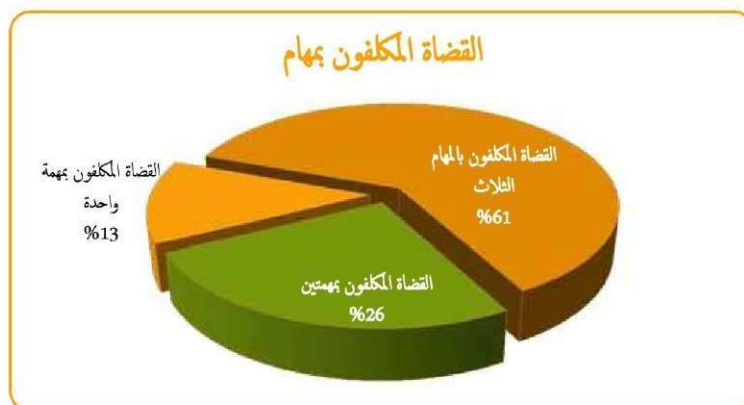
La composition du corps judiciaire dans les tribunaux de la famille : 65% hommes contre 35% de femme.



Le nombre de juges exclusifs aux affaires de la famille : 56%

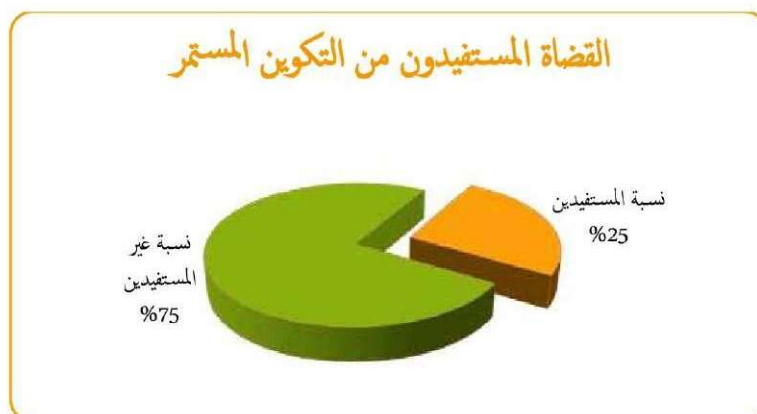
Le nombre du juges attacher à d'autres sections du tribunal en plus du tribunal de la famille : 46%





238

Les juges responsables d'une tache : 13%\*  
 Les juges responsables de deux taches : 26%\*  
 Les juges responsables de trois taches : 61%\*<sup>239</sup>



Le pourcentage des juges profitant de formation continue 25% contre 75 % de juges qui en profitent pas.

<sup>238</sup> Ministère de la justice et des libertés, Procédures de la justice de la famille, 2012, p 21, voir note de bas de page 141.

<sup>239</sup> Juge de mineurs et juges de mariage.

dix ans après son adoption, la Moudawana de 2004 demeure un cadre juridique à double tranchant. C'est même, affirment certaines militantes de l'Association démocratique des femmes du Maroc, une source de violence et de souffrance pour de nombreuses femmes...

#### **Divorcer en cas de polygamie ? Demander n'est pas forcément obtenir...**

Comment interdire ce que Dieu a autorisé ? C'est ce que s'est vu répondre notre témoin, que l'on nommera Zoubida, de la part de sa famille lorsqu'elle a annoncé la nouvelle du remariage de son mari. «Alors que le monde s'écroulait autour de moi et que je voyais ma vie s'effondrer, mon ex et mes proches légitimaient cette injustice dont j'étais victime», s'indigne Zoubida pour qui «une deuxième épouse est la pire humiliation qui puisse arriver à une femme. Je ne sais toujours pas et je n'arrive pas à comprendre qu'il y ait des femmes qui puissent accepter cela!». Refusant catégoriquement le statut de «première épouse», notre témoin a décidé, dès que son ex lui a annoncé sa volonté d'épouser une deuxième femme, qui n'était autre que sa secrétaire, de divorcer. «Alors, imaginez que l'annonce du remariage a été plus facilement acceptée par mon entourage que mon désir de divorcer. Pour mon ex et mes parents c'était un droit octroyé par Dieu et la religion». Zoubida n'a pas fait d'études et est femme au foyer. Pourtant, elle ne comprend pas que «l'on ne change pas une situation qui fait du mal aux femmes. Je ne pense pas qu'Allah accepte cela. De plus, il faut tenir compte de la Sunna qui recommande que l'on traite bien les femmes». Dès la première comparution devant le juge de la famille, Zoubida a annoncé qu'elle souhaite se séparer de son mari. Mais le juge a décidé de leur donner un délai de trente jours pour réflexion en vue d'une réconciliation. «Pour moi, c'était peine perdue, je ne voulais pas rester. D'ailleurs, j'ai immédiatement quitté le domicile conjugal, ce qui a compliqué ma démarche pour le divorce», explique Zoubida dont l'ex-mari ne voulait pas se séparer, prétextant qu'il l'aimait toujours et qu'il tenait à sauvegarder la stabilité de la famille et craignait les retombées psychologiques du divorce sur leurs deux enfants. De plus, il avait les moyens financiers pour subvenir aux besoins des deux femmes. Cela a suffi au juge pour autoriser la deuxième union et il a même conseillé à Zoubida de renoncer à la demande de divorce. Selon un avocat du barreau de Casablanca, «le juge se doit, lorsque l'impossibilité de la poursuite de la relation conjugale est établie, ce qui était le cas puisque ma cliente a quitté le domicile, de prononcer le divorce et de décider de la somme que le mari doit verser à son ex-épouse et aux enfants qu'il doit entretenir. Mais ce n'est pas ce qui s'est passé parce que le mari a déposé plainte pour abandon du domicile conjugal. Ce qui fut accepté par le juge !»... Zoubida a fait appel et l'affaire a duré plus d'une année. Sa demande de divorce n'a été validée que suite à un revirement de son ex-époux suite à la demande des enfants qui, eux, non plus, n'ont pas accepté le remariage de leur père. Partant de son cas, notre témoin estime que «le code de la famille n'a que partiellement résolu le problème de la polygamie. Celle-ci n'est pas interdite mais encadrée, mais il faut savoir que dans la pratique le code en a compliqué la procédure. Et pour preuve,

même lorsque l'on demande le divorce, il n'est pas automatiquement accordé. Alors que c'est un droit qui permet de préserver la dignité d'une femme qui refuse la polygamie !».

# Dahirs des 22 novembre et 18 décembre 1957 et des 25 janvier, 20 février et 4 avril 1958

## LIVRE I : DU MARIAGE

### CHAPITRE I : Des fiançailles et du mariage

**Art. 1er.** : Le mariage est un contrat légal par lequel un homme et une femme s'unissent en vue d'une vie conjugale commune et durable. Il a pour but la vie dans la fidélité, la pureté et le désir de procréation par fécondation, sur des bases stables et sous la direction du mari, d'un foyer permettant aux époux de faire face à leurs obligations réciproques dans la sécurité, la paix, l'affection et le respect mutuel.

**Art. 2** : Les fiançailles ne constituent qu'une promesse de mariage. Il en est de même de la récitation de la Fatiha (Chap.1er du Coran) et des pratiques admises par l'usage en fait d'échange de cadeaux.

**Art.3** : Chacun des fiancés a le droit de rompre les fiançailles. Le prétendant peut alors demander la restitution des cadeaux à moins que la rupture ne lui soit imputable.

### CHAPITRE II : Des éléments constitutifs du mariage et des conditions requises pour sa validité

**Art.4.** : 1° Le mariage est valablement conclu par l'échange de consentement des parties, exprimé en termes consacrés ou à l'aide de toute expression admise par l'usage.

2° Pour toute personne se trouvant dans l'impossibilité de s'exprimer, le consentement résulte valablement d'un écrit si l'intéressé est lettré, sinon de tout signe impliquant d'une façon certaine un consentement de sa part.

**Art. 5.** : (modifié par la loi du 10/09/1993) Le mariage n'est parfait que par le consentement et l'acceptation de la future épouse, ainsi que par sa signature au sommaire de l'acte de mariage dressé par les deux adouls. Sous réserve des autres dispositions des articles 12 et 13 ci-après, en aucun cas le Wali ne dispose du pouvoir de contrainte (djabr).

**Art.6.** : Chacun des futurs conjoints doit être sain d'esprit, pubère et exempt de tous empêchements légaux.

**Art.7** : Le juge peut autoriser le mariage du dément ou du simple d'esprit sur rapport d'un conseil de médecins psychiatres établissant que le mariage peut être salutaire à ce malade, à condition que l'autre partie soit informée de la maladie et donne son consentement au mariage.

**Art.8** : L'aptitude au mariage s'acquiert :

1° Pour l'homme, à dix huit ans révolus : Cependant, si de graves difficultés sont à craindre, le cas est soumis au juge en vue de l'obtention d'une dispense d'âge ;

2° Pour la femme, à quinze ans révolus.

**Art.9.** : Le mariage avant l'âge de la majorité légale est subordonné à l'accord du Wali (tuteur matrimonial) : si ce dernier le refuse et si le désaccord persiste entre les parties, le juge est saisi.

**Art.10 :** 1° Le Wali agissant pour pupille et le futur époux peuvent donner mandat en vue de la conclusion du mariage.

2° Le juge ne peut se charger personnellement de conclure, soit par lui même, soit par ses ascendants ou descendants, le mariage d'une personne soumise à sa tutelle.

### CHAPITRE III : De la tutelle matrimoniale

**Art.11 :** Les tuteurs matrimoniaux (awlya) sont, par ordre de priorité :

le fils ;

le père ou le tuteur testamentaire désigné par lui ;

le frère ;

le fils de frère ;

le grand-père paternel,

et ainsi, de proche en proche, suivant le degré de parenté, la qualité de germain devant l'emporter sur toute autre;

le parent nourricier ;

le juge ;

enfin, tout membre de la communauté musulmane.

Tout tuteur doit être de sexe masculin, doué de discernement et majeur.

**Art.12 :** (modifié par la loi du 10/09/1993) 1° La tutelle matrimoniale est un droit de la femme; le tuteur matrimonial ne peut conclure le mariage sans avoir reçu mandat de la femme à cette fin.

2° La femme mandate son Wali pour la conclusion de l'acte de mariage.

3° La tutrice testamentaire (Oussia) doit déléguer un mandataire mâle pour contracter mariage au nom de sa pupille.

4° La femme majeure orpheline de père peut conclure elle-même le mariage ou déléguer à cette fin l'un des tuteurs matrimoniaux.

**Art.13 :** Si le Wali s'opposait abusivement au mariage de la femme placée sous sa tutelle, le juge ordonnerait de la marier. En cas de refus, le juge la donne lui même en mariage moyennant une dot de parité à un homme de condition équivalente à la sienne.

**Art.14 :** 1° Seuls l'épouse et le Wali peuvent invoquer le droit à l'équivalence de condition, requise pour la validité du mariage.

2° L'équivalence de condition des époux est prise en considération lors de la conclusion du mariage et appréciée suivant les usages établis.

**Art.15 :** La règle fixée par l'usage quant au rapport qui doit exister entre l'âge du prétendant et celui de la future épouse, n'est édictée qu'au profit de la future.

### CHAPITRE IV : Du Sadaq (dot)

**Art.16 :** Le Sadaq consiste en tout bien donné par le mari et impliquant de sa part le ferme désir de contracter mariage en vue de créer un foyer et de vivre dans les liens d'une affection mutuelle.

**Art.17 :** 1° Tout ce qui peut être légalement l'objet d'une obligation peut servir de Sadaq.

2° Le Sadaq ne comporte ni maximum, ni minimum.

**Art.18 :** Le Sadaq est la propriété exclusive de la femme; elle en a la libre disposition et l'époux n'est pas fondé à exiger de sa future un apport quelconque de meubles, literie, effets vestimentaires en contrepartie du Sadaq convenu.

**Art.19 :** Il est interdit au Wali, qu'il soit ou non le père de la future épouse, de percevoir, pour son profit personnel, quoi que ce soit du prétendant, en contrepartie du mariage qu'il aura conclu avec lui pour le compte de sa fille ou de sa pupille.

**Art.20 :** 1° Il est permis de prévoir, lors de la conclusion du mariage, que tout ou partie du Sadaq sera payable d'avance ou à terme.

2° Le paiement du Sadaq en totalité ou en partie est dû au moment où la consommation va avoir lieu.

3° Le décès du mari ou la consommation du mariage confèrent à l'épouse le droit à la totalité du Sadaq.

**Art.21 :** L'époux ne peut exiger de son épouse la consommation du mariage avant de lui avoir versé la partie échue du Sadaq.

Celle-ci ne pourra être réclamée qu'à titre de simple créance et sans qu'il y ait lieu à dissolution du mariage pour défaut de paiement lorsque la consommation aura eu lieu avant tout versement.

**Art.22 :** En cas de répudiation prononcée librement par l'époux avant la consommation du mariage, l'épouse répudiée a droit à la moitié du Sadaq.

Elle ne pourra prétendre à quoi que ce soit, si le mariage est annulé d'office. Il en sera de même s'il est annulé antérieurement à sa consommation, à la demande de l'un des époux, pour vice rédhibitoire constaté chez l'autre. Lorsqu'il y a eu consommation du mariage, le Sadaq est dû intégralement dans tous les cas.

**Art.23 :** Le wali ne peut s'opposer au mariage d'une fille majeure qui accepte de le contracter moyennant un Sadaq inférieur à sa dot de parité.

**Art.24 :** En cas de divergence entre conjoints sur le versement de la partie exigible du Sadaq, il est ajouté foi aux déclarations de la femme si la contestation intervient avant la consommation du mariage et à celles du mari dans le cas contraire.

## CHAPITRE V : Les empêchements au mariage

**Art.25 :** Les empêchements au mariage sont de deux sortes :

1° Perpétuels ;

2° Temporaires ;

Les empêchements perpétuels résultent de la parenté, l'alliance ou la parenté par allaitement, des rapports sexuels du contractant avec une femme en état d'Idda (retraite de continence), même si la cohabitation devait avoir lieu après achèvement de cette retraite, et enfin du serment d'anathème.

Les empêchements temporaires résultent de l'indisponibilité de la femme, par suite de mariage ou d'Idda (retraite de continence).

**Art.26 :** Est prohibé, pour cause de parenté, le mariage de toute personne avec :

1° Ses ascendants ;

2° Ses descendants ;

3° Les descendants in infinitum de ses ascendants au premier degré ;

4° Les descendants au premier degré de ses ascendants in infinitum.

**Art.27 :** Est prohibé, pour cause de parenté par alliance, le mariage d'un homme :

a/ avec les ascendantes de ses épouses, par le fait même de la conclusion de l'acte de mariage ;

b/ avec les descendantes, à tous les degrés, de ses épouses, à condition qu'il y ait eu consommation du mariage avec la mère ;

c/ à tous les degrés avec les femmes des ascendants et descendants des conjoints, par le simple fait de la conclusion de l'acte de mariage.

**Art.28 :** 1° Les prohibitions résultant de la parenté par le lait sont les mêmes que celles de la parenté ou de l'alliance.

2° L'enfant allaité est seul considéré comme enfant de la nourrice et de son époux, à l'exclusion de ses

frères et sœurs.

3° L'allaitement ne constitue un empêchement au mariage que s'il a eu lieu d'une manière effective et à cinq reprises différentes au cours des deux premières années du nourrisson.

Il n'est tenu compte que de prises considérées par l'usage comme tétées complètes.

**Art.29 :** -Empêchements temporaires- Sont prohibés :

1° Le mariage simultané avec deux femmes qui, si elles avaient été de sexes différents, n'auraient pu (en raison de leur proche parenté) contracter mariage ensemble ; Il en est ainsi du mariage simultané avec deux sœurs ou avec une femme et sa tante paternelle ou maternelle, en prenant en considération dans tous les cas, la parenté germaine consanguine, utérine ou par allaitement.

Exception est faite en ce qui concerne une femme et la mère ou la fille de son précédent mari ;

2° Le fait d'avoir à la fois un nombre d'épouses supérieur à celui autorisé par la loi.

3° La reprise en mariage de l'épouse répudiée trois fois successives tant qu'elle n'a pas observé l'Idda (retraite de continence) consécutive à un mariage conclu et consommé régulièrement avec un autre époux ;

Le mariage avec un tiers, de la femme répudiée, efface l'effet des trois répudiations prononcées par le premier époux répudiateur.

La reprise en mariage par cet époux lui donne de nouveau le droit de prononcer contre elle trois nouvelles répudiations.

4° Le mariage d'une musulmane avec un non musulman.

5° Le mariage avec une femme se trouvant sous la puissance maritale d'un tiers ou en état d'Idda ou d'Istibrâ (retraite de continence).

**Art.30 :** (modifié par la loi du 10/09/1993) 1° La première épouse doit être avisée du désir du conjoint de se remarier la seconde de ce qu'il est maritalement uni à une autre femme.

2° L'épouse peut stipuler que son conjoint s'abstienne de contracter un nouveau mariage sous peine d'option pour elle.

3° L'acte de mariage concernant la seconde épouse ne sera dressé qu'après que celle-ci aura été informée du fait que son prétendant est déjà marié.

4° En tous cas, si une injustice est à craindre envers les épouses, la polygamie est interdite.

**Art.31 :** La femme a le droit de demander que son mari s'engage dans l'acte de mariage à ne pas lui adjoindre une coépouse et à lui reconnaître le droit de demander la dissolution du mariage au cas où cet engagement serait violé.

## **CHAPITRE VI : Effets du mariage et sanctions de ses conditions de validité**

**Art.32 :** 1° L'acte de mariage répondant à toutes les conditions de fond et de forme, est valable et régulier.

2° Est vicié tout mariage dans lequel la condition de fond relative au consentement réciproque est remplie, mais qui ne satisfait pas à d'autres conditions de validité.

**Art.33 :** Le mariage valable et régulier produit tous ses effets et donne naissance aux droits et devoirs réciproques des époux.

**Art.34 :** Les droits et devoirs réciproques entre époux sont :

1° La cohabitation ;

2° Les bons rapports, le respect et l'affection mutuels ainsi que la sauvegarde des intérêts moraux et matériels de la famille ;

3° Les droits de succession ;

4° Les droits de la famille, tels que le rattachement aux époux des enfants nés du mariage et la création d'une parenté par alliance.

**Art.35 :** Les droits de l'épouse à l'égard de son mari sont :

1° L'entretien prévu par la loi, tels que la nourriture, l'habillement, les soins médicaux et le logement ;

- 2° L'égalité de traitement avec les autres épouses, en cas de polygamie;
- 3° L'autorisation de rendre visite à ses parents et de les recevoir dans la limite des convenances;
- 4° L'entière liberté d'administrer et de disposer de ses biens sans aucun contrôle du mari, ce dernier n'ayant aucun pouvoir sur les biens de son épouse.

**Art.36 :** Les droits du mari à l'égard de sa femme sont :

- 1° La fidélité ;
- 2° L'obéissance conformément aux convenances ;
- 3° L'allaitement au sein, si possible, des enfants issus du mariage ;
- 4° La charge de veiller à la marche du foyer et à son organisation ;
- 5° La déférence envers les père, mère et proches parents du mari.

**Art.37 :** Le mariage entaché d'un vice de fond doit être annulé, aussi bien avant qu'après sa consommation. Dans ce dernier cas, la femme a droit à la dot prévue.

L'acte de mariage vicié pour inobservation des règles du Sadaq est annulé s'il n'y a pas eu consommation ; la femme dans ce cas, n'a pas droit à la dot.

Mais lorsque la consommation a eu lieu, le mariage est validé moyennant un Sadaq de parité.

Tout mariage atteint d'un vice que la doctrine unanime considère comme une cause de nullité, tel le mariage avec une femme parente par alliance à un degré prohibé, est nul de plein droit avant comme après la consommation.

Ce mariage entraîne cependant observance de l'Istibrâ (retraite de continence) et, si la bonne foi est admise, rattachement aux parents des enfants nés de cette union.

Quand il s'agit d'un mariage dont la nullité est controversée en doctrine, il doit être dissous par une répudiation, et ce, avant comme après la consommation. Il entraîne la Idda, rattachement aux parents de l'enfant né de l'union et la vocation héréditaire, si le décès survient avant la dissolution.

**Art.38 :** Dans le cas où l'acte de mariage contiendrait une condition contraire à l'essence ou aux buts de ce dernier, cette condition serait nulle et le mariage demeurerait valable.

Le fait pour la femme de stipuler, par exemple, la possibilité de s'occuper des affaires publiques du pays n'est pas contraire aux buts du mariage.

## CHAPITRE VII : Des contestations entre époux

**Art.39 :** 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 :

aux dires du mari, appuyés par serment, s'il s'agit d'objets d'un usage habituel aux hommes ;  
aux dires de l'épouse, après serment, pour les objets qui, habituellement, sont à l'usage des femmes.

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

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

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

## CHAPITRE VIII : Des formalités administratives préalables au mariage

**Art.41 :** (modifié par la loi du 10/09/1993) Les deux adouls ne dressent l'acte que sur production des pièces suivantes :

- 1° Une copie de l'acte de naissance de chacun des deux fiancés s'ils sont enregistrés à l'état civil ;
- 2° Un certificat administratif pour chacun des deux, comportant le nom complet, l'état familial, la date et le lieu de naissance, le domicile ou le lieu de résidence, ainsi que les prénoms et noms des parents ;
- 3° Une copie de l'autorisation du juge pour le mariage de celui qui n'en a pas atteint l'âge ;
- 4° Une copie de l'autorisation du juge pour le mariage du dément ou du simple d'esprit ;



5° Une copie de l'autorisation du juge pour celui qui désire la polygamie ;

6° L'acte de répudiation ou de répudiation mutuellement consentie moyennant compensation (Khol'ê), ou de divorce ou de décès établissant l'extinction du lien conjugal, avec vérification de l'écoulement du délai d'abstinence (Iddah).

7° Un certificat médical pour chacun des deux fiancés établissant l'inexistence des maladies contagieuses.

**Art.42 :** L'acte de mariage doit indiquer ou comporter :

1° Les noms, prénoms, filiations, domiciles et identités complètes des époux, avec mention que ceux-ci jouissent de toutes leurs facultés, ainsi que le nom du Wali ;

2° La conclusion et la date de l'acte de mariage, le lieu où il a été dressé, avec indication que les conjoints et le Wali agissent en toute connaissance de cause ;

3° Toutes mentions utiles relatives à l'état de l'épouse : vierge ou femme, ayant ou non son père, pourvue ou non d'un tuteur testamentaire ou datif, répudiée ou veuve, ayant observé l'Idda ;

4° La mention du certificat administratif avec son numéro d'ordre (art.41.&1°) ;

5° Le quantum du Sadaq en précisant ce qui doit être versé comptant et à terme, si le versement a eu lieu effectivement à la vue des adouls ou s'il y a eu simplement reconnaissance devant ces derniers d'un versement antérieur ;

6° La signature des adouls et l'homologation du juge avec son sceau.

**Art.43 :** L'acte du mariage est consigné sur le registre tenu à cet effet au tribunal.

Une expédition de cet acte doit être adressée aux services de l'état civil.

L'original de l'acte est remis à l'épouse ou à son représentant dans un délai maximum de quinze jours à compter de sa date.

L'époux a droit à une copie dudit acte.

## LIVRE II : LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET SES EFFETS

### CHAPITRE I : De la répudiation

**Art.44 :** La répudiation est la dissolution des liens du mariage prononcée par :

- L'époux, son mandataire ou toute autre personne désignée par lui à cet effet ;
- L'épouse, lorsque la faculté lui en a été donnée (en vertu du droit d'option) ;
- Le juge (divorce judiciaire).

**Art.45 :** Seule, peut faire l'objet d'une répudiation, la femme engagée dans les liens d'un mariage régulier ou celle en état d'Idda (retraite de continence) consécutif à une répudiation révocable.

La répudiation, même conditionnelle, ne saurait s'appliquer dans un cas autre que ceux ci-dessus spécifiés.

**Art.46 :** La répudiation peut avoir lieu soit verbalement, en termes explicites, soit par écrit, soit encore par signes ou gestes non équivoques, s'il s'agit d'un illettré n'ayant pas l'usage de la parole.

**Art.47 :** Si la répudiation intervient au cours d'une période menstruelle, le juge contraint l'époux à reprendre la vie commune.

**Art.48 :** (modifié par la loi du 10/09/1993) 1° La répudiation doit être attestée par deux adouls pour ce investis dans la circonscription de compétence du juge où se trouve le domicile conjugal.

2° La répudiation n'est enregistrée qu'en présence des deux parties et après autorisation du juge.

Il est passé outre à la présence de l'épouse si elle reçoit convocation et ne se présente pas et si le mari insiste sur la réalisation de la répudiation.

**Art.49 :** Est sans effet, la répudiation que le conjoint prononce en complet état d'ivresse ou sous la contrainte ou au cours d'une colère lui enlevant, en tout ou en partie, le contrôle de lui-même.



**Art.50 :** La répudiation par serment est sans effet.

**Art.51 :** Toute répudiation double ou triple ne vaut que comme répudiation simple, quel que soit son mode d'expression.

**Art.52 :** La répudiation affectée d'une condition est sans valeur.

**Art.52bis :** (ajouté par la loi du 10/09/1993) S'il est établi par le juge que le mari a répudié sans raison valable, il doit tenir compte des préjudices susceptibles de toucher la femme, dans l'évaluation du don de consolation.

Tout mari qui répudie de sa propre initiative, doit à l'épouse répudiée, un don de consolation (mutâh) proportionnel à ses facultés et à la situation de la femme répudiée sauf celle dont le mariage est rompu après détermination de la dot et avant consommation.

## CHAPITRE II : Du divorce

**Art.53 :** Du divorce pour défaut d'entretien :

1° L'épouse aura la faculté de demander au juge de prononcer le divorce lorsque son époux est présent et refuse de s'acquitter de son devoir d'entretien à son égard.

Dans le cas où le mari possède des biens apparents, le jugement le condamnant à assurer l'entretien de son épouse sera exécuté sur ces biens.

S'il n'a pas de biens apparents et si, tout en gardant le silence sur son état de fortune, il persiste devant le juge à ne pas vouloir entretenir sa femme, ce dernier prononcera le divorce séance tenante.

S'il prétend qu'il est indigent et qu'il le prouve, le juge lui accordera un délai convenable ne dépassant pas trois mois.

Si, à l'expiration de ce délai, l'époux continue à ne pas assurer son devoir d'entretien, le juge prononcera le divorce.

Si l'époux ne fait pas la preuve de son indigence, le juge le condamnera à assurer l'entretien de son épouse ou à la répudier.

S'il ne s'exécute pas, le divorce sera alors prononcé par le juge.

2° Le divorce prononcé pour manquement à l'obligation alimentaire est révocable et l'époux a le droit de reprendre sa femme pendant l'Idda (retraite de continence) s'il justifie de moyens d'existence et démontre sa volonté d'assurer son obligation alimentaire vis-à-vis de sa femme.

**Art.54 :** Du divorce pour vice rédhibitoire.

1° L'épouse qui découvre chez son conjoint un vice rédhibitoire enraciné et incurable ou dont la guérison ne pourrait intervenir que dans un délai supérieur à une année, et qui ne peut cohabiter avec lui sans subir un préjudice, comme dans les cas de démence, lèpre, éléphantiasis et tuberculose, est fondée à demander au juge la dissolution du mariage. La demande peut intervenir, que le mari ait été atteint de ce vice avant le mariage sans que la femme en ait eu connaissance, ou que ce vice soit survenu après et qu'elle ne veuille pas le supporter. Dans ce cas, le juge accordera à l'époux un délai d'une année ; s'il n'y a pas guérison, le divorce sera prononcé.

2° Il sera fait droit, sans délai, à la demande de divorce formulée par une femme pour vice affectant les organes génitaux de l'homme et dont la guérison n'est pas à espérer.

3° Si le vice affectant l'époux a été connu de la femme en contractant mariage ou si, ayant pris connaissance postérieurement à l'union, il a été connu et accepté d'une façon expresse ou tacite par la femme, celle-ci ne pourra l'invoquer pour demander le divorce.

4° Lorsque la femme est atteinte d'une maladie comme la démence, la lèpre, l'éléphantiasis, la tuberculose ou d'infirmité génitale empêchant le coït ou la volupté et qu'avant la consommation du mariage l'époux en a eu connaissance, ce dernier a le choix entre la répudiation sans être tenu à quoi que ce soit, et la consommation du mariage avec obligation de verser la totalité de la dot.

Si le mari a eu connaissance de ces vices après consommation du mariage, il aura également la faculté de conserver son épouse ou de la répudier : dans ce dernier cas, le mari répudiateur peut, s'il a été induit en erreur par l'épouse, lui réclamer la différence entre le sadaq (dot) versé et le Sadaq minimum admis par l'usage ; si la tromperie provient du wali, l'époux pourra réclamer la totalité de ce qu'il a

versé à ce dernier.

5° Il sera fait appel à des médecins spécialistes aux fins d'obtenir tous éclaircissements utiles sur le vice allégué.

**Art. 55 :** Le divorce prononcé par le juge pour l'une des causes énumérées au précédent article est définitif et irrévocable.

**Art.56 :** Du divorce pour sévices :

1° Si l'épouse se prétend objet de quelque sévice que ce soit de la part du mari au point que la vie conjugale en soit devenue impossible, eu égard à sa condition sociale, et si le sévice invoqué est établi, le juge, après tentative de conciliation restée infructueuse, prononcera le divorce des époux ;

2° Si la demande en divorce est rejetée et si la femme renouvelle ses plaintes sans que le préjudice soit établi, le juge délèguera deux arbitres pour tenter de réconcilier les conjoints.

3° Les deux arbitres rechercheront les causes de la dissension existant entre les époux et s'efforceront de les ramener à de meilleurs sentiments ; ils procéderont à la conciliation si elle est possible sur une base quelconque ; sinon, le juge sera saisi pour trancher le litige à la lumière du rapport des arbitres.

**Art. 57 :** Du divorce pour absence du mari :

1° Lorsque l'époux est resté absent pendant plus d'une année dans un lieu connu et sans motif valable, l'épouse a la faculté de demander au juge de prononcer la dissolution irrévocable du mariage si cette absence lui occasionne un préjudice, et ceci même dans le cas où le mari a laissé des biens pouvant servir à l'entretien de ladite épouse ;

2° Si des correspondances peuvent parvenir au mari absent, le juge lui adressera une mise en demeure comportant un délai, en l'avisant que le divorce sera prononcé à son encontre, s'il ne revient pas résider avec sa femme, s'il ne la fait pas venir auprès de lui ou s'il ne la répudie pas.

Si, à l'expiration de ce délai, l'époux ne s'exécute pas et ne fournit pas d'excuses valables, le juge, après s'être assuré que la plaignante persiste dans sa demande en divorce, prononcera la dissolution irrévocable du mariage.

Si des correspondances ne peuvent pas parvenir au mari absent, le juge désignera un curateur en lui accordant un délai (pour provoquer la comparution de l'absent). A défaut de comparution, le juge prononcera le divorce sans être tenu d'adresser une ultime interpellation et de fixer un nouveau délai.

**Art. 58 :** Du divorce par suite du serment de continence ou de délaissement :

Lorsque le mari aura prêté serment de délaisser sa femme et de ne plus accomplir ses devoirs intimes, celle-ci est fondée à saisir le juge qui fixera au mari un délai de quatre mois ; passé ce délai et si l'époux ne vient pas à résipiscence, le divorce est prononcé par le juge.

Ce divorce est révocable.

**Art. 59 :** En cas d'instance devant le juge et si la cohabitation durant la procédure s'avère impossible entre les conjoints, le mari peut désigner certains de ses proches parents à sa femme, afin qu'elle choisisse celui chez lequel elle accepte de résider en attendant que le jugement soit rendu ; si l'épouse ne fixe pas son choix, le mari peut désigner tel des parents de l'épouse chez qui elle pourra résider ; si elle refuse encore, le juge peut lui ordonner de résider à « Dar et Tiqa »(maison occupée par une femme ou un couple honorable).

Dans tous les cas, l'obligation d'entretien demeure à la charge du mari.

**Art. 60** (modifié par la loi du 10/09/1993) : L'article 60 du livre deuxième relatif à la dissolution du mariage et ses effets est abrogé.

### **CHAPITRE III : De la répudiation moyennant compensation (khol')**

**Art.61 :** Les époux peuvent convenir entre eux de la répudiation moyennant compensation.

**Art.62 :** Le consentement d'une femme majeure à la compensation en vue d'obtenir sa répudiation est valable.

S'il émane d'une femme mineure, la répudiation est acquise et la mineure n'est tenue de se libérer de la contrepartie qu'avec l'accord du tuteur chargé de l'administration de ses biens.

**Art. 63 :** Le montant de la compensation ne sera acquis au mari que si la femme, en vue d'obtenir sa répudiation y a consenti sans contrainte et si elle n'a fait l'objet d'aucun sévice.

**Art.64 :** Tout ce qui, légalement, peut faire l'objet d'une obligation, peut valablement servir de contrepartie en matière de répudiation (khol').

**Art.65 :** Toutefois, dans le cas où la femme est pauvre, toute contrepartie sur laquelle les enfants ont un droit est interdite.

#### **CHAPITRE IV : Des différentes formes de répudiation et de leurs effets**

**Art.66 :** Tout divorce prononcé par le juge est irrévocable, à l'exception de celui qui résulte du serment de continence ou du défaut d'entretien.

**Art.67 :** Toute répudiation prononcée par l'époux est révocable à l'exception de la répudiation prononcée à la suite de deux précédentes répudiations successives, de celle intervenue avant la consommation du mariage, de répudiation (khol') ou de celle qui résulte d'un droit d'option laissé à la femme.

**Art.68 :** Dans le cas de répudiation révocable et avant l'expiration de l'Idda (retraite légale), le mari a le droit de reprendre son épouse répudiée, sans nouveau Sadaq (dot) ni intervention du Wali. Ce droit de reprise subsiste nonobstant renonciation du mari.

**Art.69 :** A l'expiration de la retraite légale consécutive à la répudiation révocable, la femme se trouve définitivement séparé de son époux.

**Art.70 :** La répudiation irrévocable (baïn), autre que celle prononcée à la suite de deux précédentes répudiations successives, dissout immédiatement les liens conjugaux et ne s'oppose pas à la conclusion d'un nouveau mariage entre les mêmes époux.

**Art.71 :** La répudiation prononcée à la suite de deux précédentes répudiations successives, dissout immédiatement les liens conjugaux et interdit le remariage avec la même épouse, à moins que celle-ci n'ait accompli la retraite légale consécutive à la dissolution d'un autre mariage effectivement et légalement consommé par un autre époux.

#### **CHAPITRE V : Des effets de la dissolution du mariage. De l'Iddah (retraite légale)**

**Art.72 :** L'Iddah de la femme enceinte prend fin à la délivrance.

**Art.73 :** La femme répudiée, après relations sexuelles, doit, si elle n'est pas enceinte et si elle est sujette au flux menstruel, observer l'Idda pendant trois périodes intermenstruelles.

L'Idda est de trois mois pour la femme qui a atteint l'âge de la ménopause ou pour celle qui n'est pas sujette aux flux menstruel.

Les femmes dont les menstrues sont tardives ou irrégulières ou qui ne peuvent distinguer le flux menstruel d'un autre écoulement sanguin accompliront l'Idda de trois mois après une période d'attente de neuf mois.

**Art.74 :** La retraite de viduité est de quatre mois dix jours francs pour la veuve qui n'est pas enceinte.

**Art.75 :** Si la femme en état d'Idda croit être enceinte et qu'il y ait contestation, elle est examinée par des experts.

**Art.76** : La durée maxima de la grossesse est d'une année à compter de la date de la répudiation ou décès.

Si, à l'expiration de l'année, il subsiste un doute sur la grossesse, le cas sera soumis au juge par la partie intéressée.

Celui-ci aura recours à des médecins experts.

Au vu de leurs conclusions, il rendra un jugement mettant fin à l'Idda ou la prolongeant pendant le délai estimé nécessaire par les médecins pour déterminer s'il y a grossesse ou maladie.

**Art.77** : La femme répudiée à titre révocable et dont le mari décède au cours de l'Idda, est soumise à la retraite de viduité consécutive à ce décès.

**Art.78** : L'Idda commence à compter de la date de la répudiation, du divorce, du décès, de l'annulation du mariage ou de la séparation intervenue dans le cas de mariage vicié.

**Art.79** : La femme répudiée avant la consommation du mariage ou sans qu'elle se soit isolée avec son conjoint n'est pas astreinte à l'Idda. Celle-ci doit toujours être observée en cas de décès du mari.

## CHAPITRE VI : Des formalités administratives de la répudiation

**Art.80** : Les adouls dressent l'acte de répudiation dès qu'ils en sont requis.

Cet acte ne peut être établi sans que soit administrée la preuve du mariage. Si elle ne peut l'être, les adouls soumettent l'affaire au juge.

**Art.81** : 1° L'acte de répudiation doit mentionner, pour chacun des ex-époux, son nom, sa filiation, son domicile et son identité d'après la carte individuelle ou un certificat administratif d'identité.

2° Il doit se référer à l'acte de mariage en indiquant ses numéro, folio et date et en précisant que cet acte se trouve au-dessus ou au verso de l'acte de répudiation.

3° Il doit indiquer la nature de la répudiation et s'il s'agit de la première, de la deuxième ou de la troisième.

4° L'acte de répudiation est propriété de l'épouse et doit lui être remis dans un délai ne dépassant pas quinze jours. Le mari a droit à une copie.

5° Les frais de l'acte de répudiation sont à la charge du mari répudiateur.

6° Dès le prononcé de la répudiation, le juge doit aviser l'épouse répudiée.

## CHAPITRE VII

**Art.82** : Tous les cas qui ne pourront être résolus en application du présent code, seront réglés en se référant à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite malékite.

## LIVRE III : DE LA FILIATION ET DE SES EFFETS

### CHAPITRE I : De la filiation

**Art.83** : 1° La filiation légitime est celle par laquelle l'enfant accède à la parenté de son père et suit le religion de ce dernier.

Elle sert de fondement aux droits successoraux et donne naissance aux empêchements à mariage ainsi qu'aux droits et obligations du père et de l'enfant.

2° La filiation non légitime ne crée aucun lien de parenté vis-à-vis du père et ne produit, d'une façon générale, aucun des effets énumérés ci-dessus.

Par contre, cette filiation 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.

3° L'adoption n'a aucune valeur juridique et n'entraîne aucun des effets de la filiation.

Toutefois, l'adoption dite «de gratification » (jasa) ou testamentaire (par laquelle l'adopté est placé au rang d'un héritier du premier degré), n'établit pas de lien de filiation et suit les règles du legs.

**Art.84 :** La durée minima de la grossesse est de six mois, sa durée maxima d'une année, sous réserve des dispositions de l'article 76 relatives au doute.

**Art.85 :** L'enfant est réputé légitime lorsqu'il s'est écoulé, depuis l'acte de mariage, une période égale à la durée minima de la grossesse et qu'il y a eu possibilité de rapports sexuels entre les époux; en dehors de cette hypothèse, la légitimité de l'enfant ne peut être réclamée en s'appuyant sur cet acte de mariage.

**Art.86 :** 1° Au cas où le mariage serait déclaré vicié postérieurement à sa consommation, l'enfant né de l'épouse six mois ou plus après la date de cette consommation sera, en application de l'article 37, considéré avoir pour père, le mari.

2° L'enfant né après la séparation des conjoints n'a sa filiation établie à l'égard du mari que si la naissance a eu lieu dans l'année qui a suivi la date de séparation des époux, sous réserve des dispositions de l'article 76.

**Art.87 :** Lorsqu'une femme non mariée a eu, avec un homme, des rapports sexuels par erreur et a donné naissance à un enfant dans la période comprise entre la durée minima et maxima de la grossesse, la filiation de cet enfant est rattachée à l'auteur des rapports.

**Art.88 :** Dès qu'elle est établie, même à la suite d'un mariage vicié ou de rapports sexuels par erreur, la filiation produit tous les effets de la parenté ; elle interdit le mariage aux degrés prohibés, donne droit à la pension alimentaire et à la succession.

**Art.89 :** Les modes de preuve admis pour l'établissement de la filiation sont :  
la présomption de paternité légitime ;  
l'aveu du père, le témoignage de deux adouls ou la commune renommée établissant que l'enfant est bien le fils du mari et qu'il est né des rapports conjugaux des époux.

**Art.90 :** Seul un jugement peut écarter la filiation paternelle d'un enfant ou décider que la grossesse d'une femme n'est pas l'œuvre de son mari.

**Art.91 :** Le juge étayera sa sentence par tous les moyens de preuve légalement admis en matière de désaveu de paternité.

## CHAPITRE II : La reconnaissance de parenté

Art.92 : L'aveu de paternité fait par une personne, même au cours de «dernière maladie», en faveur d'un enfant dont la filiation est inconnue, établit sa paternité à l'égard de cet enfant aux conditions suivantes :

1° le déclarant doit être de sexe masculin ;

2° il doit être doué de discernement ;

3° L'enfant reconnu doit être de filiation inconnue ;

4° Les déclarations de l'auteur de l'aveu ne doivent pas être démenties par la raison ou la vraisemblance.

Art.93 : La reconnaissance impliquant à un individu d'une parenté avec un tiers et lui donnant par exemple à l'égard de ce dernier la qualité de petit-fils, de grand-père, de frère, d'oncle paternel ou de cousin germain, n'établit pas cette parenté. Cette reconnaissance, après un certain délai d'attente, entraîne les effets pécuniaires de la parenté, sous réserve du serment, et de la détermination de la qualité de parent germain ou autre.

Art. 94 : La femme mariée conserve son nom de famille; elle l'utilise pour sa signature; le mari ne peut l'obliger à porter le même nom que lui, ni lui imposer sa parenté.

Art.95 : La reconnaissance de paternité se prouve par acte authentique ou déclaration du père, écrite et non équivoque.

Art.96 : Dès que la filiation de l'enfant d'origine inconnue est établie à la suite, soit d'un aveu de paternité, soit d'une décision du juge, l'enfant devient légitime, accède à la parenté de son père et suit la religion de ce dernier.

Ils héritent mutuellement l'un de l'autre. L'établissement de la filiation entraîne, dans ces deux cas, des empêchements à mariage et crée des droits et des obligations entre le père et l'enfant.

### CHAPITRE III : La garde de l'enfant (Hadana)

Art.97 : La garde consiste à préserver l'enfant, dans la mesure du possible, de ce qui pourrait lui être préjudiciable, à l'élever et à veiller à ses intérêts.

Art.98 : Pour être apte à assurer la garde d'un enfant, il faut :

1° être doué de discernement ;

2° être pubère ;

3° avoir une bonne conduite ;

4° être capable d'élever l'enfant et de pourvoir à la sauvegarde de sa santé et à son éducation morale ;

5° être indemne de toute maladie contagieuse ou susceptible d'empêcher l'exercice effectif de la garde de l'enfant.

Art.99 (modifié par la loi du 10/09/1993) : 1° La garde de l'enfant fait partie des obligations mises à la charge du père et de la mère, tant qu'ils demeurent unis par le mariage.

En cas de dissolution du mariage, la garde de l'enfant est confiée en priorité à la mère, puis dans l'ordre, aux personnes suivantes :

Le père de l'enfant;

La grand-mère maternelle de l'enfant ;

La mère de sa grand-mère maternelle ;

Sa tante maternelle germaine ;

Sa tante maternelle consanguine ;

Sa tante maternelle utérine ;

Sa grand-mère paternelle ;

La bisaïeule paternelle de l'enfant, dans l'une ou l'autre ligne dont le père est issu, et à défaut, in infinitum, dans ces mêmes lignes ;

La sœur de l'enfant ;

Sa tante paternelle ;

La tante paternelle du père de l'enfant ;

La tante maternelle du père de l'enfant ;

Sa nièce par un frère ;

Sa nièce par une sœur ;

Son frère ;

Son grand-père paternel ;

Son neveu par un frère ;

Son oncle paternel ;

Le fils de ce dernier.

Dans tous les cas, le parent germain a priorité sur l'utérin et ce dernier sur le consanguin.

2° Le tuteur testamentaire a priorité sur tous les agnats en ce qui concerne la garde d'un enfant du sexe mâle ou d'une fille lorsqu'elle est en bas âge.

Il a également priorité sur tous les agnats en ce qui concerne la garde d'une fille adolescente, à condition d'être un parent de cette fille à un degré prohibé ou d'être digne de confiance et marié.

Art.100 : Cet ordre est respecté si la personne à qui est dévolu en priorité le droit de garde est digne de l'exercer, sinon, ce droit passe au suivant.

La même règle s'applique à défaut de la personne ayant vocation au droit de garde ou si le dévolutaire en est déchu.

Art.101 : S'il existe à un même degré, plusieurs attributaires possibles du droit de garde, il appartient au juge de désigner parmi eux, le plus apte à assurer cette garde.

Art.102 (modifié par la loi du 10/09/1993) : La durée de la garde se prolonge jusqu'à l'âge de 12 ans pour le garçon et de 15 ans pour la fille, après quoi l'enfant a option de résidence avec qui il veut de son père ou de sa mère ou de ses proches mentionnés à l'article 99.

Art.103 : La rémunération due pour la garde et les dépenses occasionnées par celle-ci sont mises à la charge de la personne à qui incombe l'entretien de l'enfant. Elles sont distinctes de la rémunération due pour l'allaitement et l'entretien.

Art.104 : Pendant le mariage, la femme n'a pas droit à la rémunération pour la garde de ses enfants. Il en est de même pendant l'accomplissement de la période de continence, dans le cas d'une répudiation révocable (Ridjâ'i).

Art.105 : La gardienne qui contracte mariage avec toute personne, autre qu'un proche parent (au degré prohibé) de l'enfant ou le tuteur testamentaire de cet enfant, perd son droit de garde, à moins qu'elle ne soit elle-même sa tutrice testamentaire ou la seule nourrice que l'enfant accepte.

Art.106 : Est déchu du droit de garde, la personne ayant vocation pour exercer ce droit et qui a gardé le silence durant une année à compter du jour où elle a eu connaissance de la consommation du mariage visé à l'article ci-dessus.

Art.107 : Lorsque la gardienne fixe sa résidence dans une autre ville et qu'il devient difficile de ce fait, au père ou au tuteur de surveiller les conditions de vie de l'enfant et d'assumer ses obligations envers lui, la gardienne perd son droit de garde.

Art.108 : Lorsque la gardienne a une religion différente de celle du père de l'enfant qui lui a été confié et qu'elle n'en est pas la mère, elle ne peut exercer son droit de garde que durant les cinq premières années de la vie de l'enfant.

Lorsque la gardienne est en même temps la mère de l'enfant, elle exerce pleinement son droit de garde, à condition qu'elle ne profite pas de l'exercice de ce droit pour élever l'enfant dans une religion autre que celle de son père.

Art.109 : Le père ou l'un des tuteurs de l'enfant a un droit de regard sur ce qui concerne son éducation ou sa fréquentation des établissements scolaires. L'enfant ne doit cependant coucher qu'au domicile de sa gardienne, à moins que le juge n'en décide autrement, dans l'intérêt de l'enfant.

Art.110 : Le dévolutaire recouvre son droit de garde, lorsque disparaît l'obstacle involontaire qui l'empêchait de l'exercer.

Art.111 : Lorsque l'enfant est confié à son père ou à sa mère, celui qui en a la garde ne doit pas empêcher l'autre de rendre visite à l'enfant ou de s'enquérir de son état.

A moins que le juge n'en décide autrement dans l'intérêt de l'enfant, le parent qui n'en a pas la garde obtiendra, s'il le demande, que l'enfant lui soit amené en visite au moins une fois par semaine.

#### CHAPITRE IV : L'allaitement

Art. 112 : Le salaire dû pour l'allaitement de l'enfant est à la charge de la personne à qui incombe l'entretien de ce dernier.

Art.113 : La mère n'a pas droit à rémunération pour l'allaitement durant le mariage ou la période de continence consécutive à une répudiation révocable(ridjâi).

Art.114 : Lorsque le père est indigent, la nourrice qui s'offre à allaiter gracieusement l'enfant est préférée à la mère qui demande un salaire.  
Cet allaitement doit néanmoins avoir lieu au domicile de la mère.

#### CHAPITRE V : La pension alimentaire

Art.115 : Toute personne subvient à ses besoins par ses propres ressources à l'exception de l'épouse, dont l'entretien incombe à son époux.

Art.116 : L'obligation alimentaire a pour source : le mariage, la parenté et l'engagement.

Art.117 : Le mari doit la pension alimentaire à son épouse dès l'instant où il y a eu consommation du mariage.

Le même droit à pension est reconnu en faveur de l'épouse qui a invité son mari à consommer le mariage, après que ce dernier ait été valablement conclu.

Art.118 : L'entretien de l'épouse comporte : le logement, la nourriture, l'habillement, les soins médicaux dans une mesure normale et tout ce qui est habituellement considéré comme indispensable.

Art.119 (modifié par la loi du 10/09/1993) : 1° Pour l'évaluation de la pension alimentaire et de ses accessoires, il est tenu compte de la moyenne du revenu du mari, de la condition de l'épouse et du niveau des prix; sa détermination est confiée à celui qui est désigné par le magistrat, et jugée en référé avec effet exécutoire du premier jugement jusqu'à extraction de la pension alimentaire ou modification par un autre jugement.

2° Le mari ne peut loger une co-épouse dans la même maison que son épouse, sans le consentement de celle-ci.

Art.120 : Aucune demande tendant à obtenir une augmentation ou diminution de la pension alimentaire allouée ne sera admise, sauf circonstances exceptionnelles, avant l'écoulement du délai d'un an à compter de la date d'accord d'octroi de cette pension.

Art.121 : La pension alimentaire est accordée par jugement à compter de la date à laquelle le mari a cessé de pourvoir aux charges d'entretien qui lui incombent.  
Le droit à la pension alimentaire ne s'éteint pas par prescription.

Art.122 : Le droit de l'épouse à une pension alimentaire prend fin :

1° par le décès de l'époux ;

2° par une décharge émanant de l'épouse ;

3° lorsque l'épouse, ayant été l'objet d'une répudiation révocable, quitte le domicile où doit s'effectuer sa retraite de continence, sans motif valable et sans le consentement de son époux.

Art.123 : L'abandon du domicile conjugal ou le refus par la femme enceinte d'entretenir des rapports sexuels avec son mari, ne lui font pas perdre son droit à la pension alimentaire.

La femme, non enceinte, qui abandonne le domicile conjugal ou refuse d'entretenir des rapports sexuels avec son mari, conserve son droit à la pension alimentaire, mais il échet cependant au juge de suspendre le versement de cette pension, s'il a condamné la femme à réintégrer le domicile ou le lit conjugal et qu'elle refuse de s'exécuter.

L'appel est sans effet sur cette suspension tant que le jugement du juge n'a pas été infirmé.

Art.124 : Entre parents, la pension alimentaire est due :  
par les enfants en faveur de leurs père et mère ;  
par le père au profit de ses enfants.



Art.125 : Au cas de pluralité d'enfants, la pension alimentaire due aux parents se répartit entre leurs enfants d'après leur fortune et non d'après la quotité de leur part successorale.

Art.126 : 1° Le père doit subvenir aux besoins de ses enfants en bas âge ou incapables de se procurer des ressources.

2° Le droit à la pension alimentaire subsiste pour la fille jusqu'à ce que son entretien incombe à son mari et pour le garçon jusqu'à ce qu'il devienne pubère, sensé et capable de gagner sa vie.

3° Mais si le garçon poursuit ses études, le droit à la pension alimentaire subsiste jusqu'à ce que ces dernières prennent fin ou jusqu'à l'âge de vingt ans.

Art.127 : Le montant de la pension alimentaire due aux parents ou aux enfants et ce qu'elle comporte en fait de vivres, vêtements, logement, instruction donnée aux enfants, est déterminé en fonction des ressources du débiteur et des usages du milieu social des créanciers.

Art.128 : Il n'y a d'obligation pour une personne de servir une pension alimentaire à ses parents ou à ses enfants, que si elle peut d'abord subvenir à ses propres besoins.

Art.129 : Lorsque le père n'a pas les moyens d'entretenir son enfant et que la mère est riche, cette dernière est redevable de la pension alimentaire.

Art.130 : Les arrérages de la pension alimentaire seront payés aux parents à compter de la date de la demande en justice et aux enfants à partir de la date où les parents se sont refusés à fournir leurs subsides.

Art. 131 : 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 n'est pas déterminée, le juge la fixera en se fondant sur l'usage.

Art.132 : Quiconque dispose d'un excédent de ressources doit secourir celui qui est nécessaire.

## LIVRE IV : DE LA CAPACITE ET DE LA REPRESENTATION LEGALE

### CHAPITRE I : Règles générales

Art. 133 :A pleine capacité pour exercer ses droits civils,tout idividu qui, ayant atteint l'âge de la majorité, jouit de la plénitude de ses facultés mentales et dont la prodigalité n'a pas été établie.

Art. 134 :N'a pas capacité pour exercer ses droits civils, quiconque est dépourvu de discernement en raison de son jeune âge ou de son état de démence.

Art. 135 : N'est pas pleinement capable, la personne qui, parvenue à l'âge de discernement, n'a pas atteint l'âge de la majorité ou qui, ayant atteint l'âge de la majorité, est prodigue.

Art. 136 : Les personnes incapables et non pleinement capables sont, suivant les cas, soumises aux règles de la tutelle paternelle, testamentaire ou dative, dans les conditions et conformément aux dispositions prévues au présent code.

### CHAPITRE II : Du mineur

Art. 137 : Est considéré comme mineur quiconque n'a pas atteint l'âge de la majorité.  
(L'âge de majorité légale est fixé à vingt années grégoriennes révolues.)

Art. 138 : Est légalement considéré comme dépourvu de discernement l'enfant qui n'a pas atteint l'âge de douze ans révolus.

Art. 139 : Le mineur dépourvu de discernement n'est pas admis à gérer son patrimoine et tous ses actes sont nuls.

Art. 140 : 1° Le mineur doué de discernement ne peut prendre possession de ses biens avant d'être majeur.

2° Le tuteur légal ou celui qui en tient lieu peut, après autorisation du juge, et lorsqu'il a constaté chez le mineur, âgé de quinze ans révolus, des signes de maturité, permettre la remise à celui-ci d'une partie de ses biens pour qu'il en assure l'administration à titre d'expérience.

3° Cette autorisation peut, en cas de refus du tuteur, être accordée par le juge, s'il estime opportun de confier au mineur la gestion d'une partie de ses biens. En cas de mauvaise gestion, il révoque son autorisation.

Art. 141 : Les actes à titre onéreux passés par le mineur doué de discernement sont subordonnés à l'agrément du tuteur. Celui-ci les ratifie ou refuse de le faire, suivant qu'ils présentent ou non, au jour de la décision, un intérêt certain pour le mineur.

Art. 142 : Le mineur ainsi autorisé à gérer une partie de ses biens est considéré, pendant la période d'expérience, comme ayant pleine capacité pour agir dans la limite de l'autorisation qu'il a reçue, et ester en justice à propos des actes de sa gestion.

Art. 143 : Le tuteur légal peut replacer sous tutelle le mineur qu'il a autorisé à gérer ses biens. Cette autorisation est révoquée dans la forme dans laquelle elle a été délivrée.

### CHAPITRE III : Du dément et du prodigue

Art. 144 : Le dément est celui qui a perdu la raison, que sa démence soit continue ou intermittente, c'est-à-dire coupée des périodes de lucidité.

Le prodigue est celui qui dilapide son patrimoine par des dépenses sans utilité ou considérées comme futiles par les personnes raisonnables.

Art. 145 : Le juge prononce l'interdiction du dément et du prodigue à partir du jour où il est établi qu'ils se sont trouvés dans cet état.

Il les affranchit de cette interdiction, conformément aux règles prévues au présent code, en tenant compte du moment où prend fin la démence ou la prodigalité. Le juge doit, à cet effet, se fonder sur l'avis d'experts et sur tous les moyens de preuve légaux.

Art. 146 : Les actes de gestion conclus par le dément ou le prodigue sont sans effet lorsqu'ils ont été passés alors que leur auteur se trouvait en état de démence ou de prodigalité.

### CHAPITRE IV : De la représentation légale

Art. 147 : La représentation légale de l'incapacité est assurée par la tutelle légale, la tutelle testamentaire ou la tutelle dative.

Art. 148 : (modifié par la loi du 10/09/1993) La représentation légale.

1° Le père ;

2° La mère majeure en cas de décès du père ou de son incapacité ; la mère n'aliène les propriétés du mineur qu'avec

l'autorisation du juge ;

3° Le tuteur testamentaire désigné par le père ou par un précédent tuteur testamentaire ;

4° Le juge ;

5° Le tuteur datif ;

Sont nommés, tuteur légal, (Wali), le père, la mère et le juge ;

Sont nommés, tuteur testamentaire, celui qui est désigné par le père ou par un précédent tuteur

testamentaire ;

Est nommé, tuteur datif, celui qui est désigné par le juge.

Art. 149 : Le père exerce sa tutelle légale sur la personne et sur les biens de l'incapable jusqu'à ce que celui-ci acquiert la capacité.

Le père est tenu d'exercer cette tutelle.

Art. 150 : Lorsque le père est indigent, le juge lui interdit tout prélèvement sur les biens de son fils. Si le magistrat craint une aliénation de la part du père, il désigne un subrogé tuteur.

Art. 151 : 1° Le père peut désigner un tuteur testamentaire à son fils incapable ou à un enfant à naître. Il peut révoquer cette tutelle testamentaire.

2° La tutelle testamentaire est soumise au juge, aux fins d'homologation, dès le décès du père.

Art. 152 : A défaut du tuteur testamentaire désigné à l'incapable ou à l'enfant à naître, le juge nomme un tuteur datif.

Art. 153 : Le tuteur datif doit être pleinement capable, diligent et honnête.

La condition de solvabilité est laissée à l'appréciation du juge.

Art. 154 : La tutelle dative ne peut être conférée :

1° à la personne condamnée pour vol, abus de confiance, faux ou toute autre infraction infamante;

2° au failli non réhabilité;

3° à la personne qui a, avec l'incapable, un différend judiciaire ou familial dont on craindrait les répercussions sur les intérêts de cet incapable.

Art. 155 : 1° Le juge peut désigner un subrogé tuteur dont la mission consiste à contrôler la gestion du tuteur datif et à conseiller celui-ci en ce qui concerne les actes présentant un avantage pour le patrimoine de l'incapable. Il doit également informer le juge lorsque la gestion tutélaire lui paraît imparfaite ou s'il craint une dilapidation des biens de l'incapable.

2° Le juge peut, dans l'intérêt de l'incapable ou pour des raisons pratiques, désigner comme tuteurs datifs deux ou plusieurs personnes.

3° En cas d'égalité des titres invoqués par les candidats à la tutelle, le juge choisit celui qui convient le mieux aux intérêts du mineur.

Art. 156 : Le ministre de la justice est chargé d'instituer un conseil en vue d'assister le juge dans l'exercice de ses attributions en matière de tutelle.

Art. 156bis (ajouté par la loi du 10/09/1993) : Est créé un conseil de famille chargé d'assister le juge dans ses compétences relatives aux affaires de la famille; sa composition et ses attributions seront fixées par décret.

Art. 157 : Dès que le tuteur testamentaire ou datif prend en charge sa mission, il doit accomplir les formalités suivantes :

1° Faire procéder à l'inventaire des biens de l'incapable par deux notaires désignés à cet effet par le juge.

2° Conserver les biens meubles après évaluation ou les vendre au mieux des intérêts du mineur.

3° Faire fixer légalement la pension alimentaire annuelle de l'incapable et des personnes à la charge de celui-ci. Il doit être également procédé à la fixation de la rémunération, conformément aux usages, du tuteur testamentaire ou datif, dans le cas où celui-ci le demande.

4° Déposer, au nom de l'incapable, à la trésorerie de l'Etat, toutes sommes réalisées ou tout ce dont le dépôt aura été jugé obligatoire par le juge, tels que documents, titres, bijoux, etc. Aucun retrait n'en peut être opéré sans l'autorisation du juge.

5° Déterminer le montant des revenus provenant de l'administration des biens de l'incapable.

6° Procéder, le cas échéant, au partage ou au partage avec attribution de lots.

7° Présenter par l'intermédiaire de deux notaires et de deux experts comptables désignés par le juge,

un compte annuel appuyé de pièces justificatives et de titres. Les notaires en dressent un acte qui est transcrit par eux sur le registre réservé à cet effet, lequel est soumis au juge pour examen et transcription sur le registre du tribunal, réservé aux tutelles. Le registre est remis ensuite au tuteur testamentaire ou datif.

#### CHAPITRE V : Des actes de gestion subordonnés à l'autorisation du juge

Art. 158 : Le tuteur testamentaire ou datif ne peut exercer les actes ci-après, qu'avec l'autorisation du juge :

1° Disposer des immeubles du mineur ou de ses biens les plus importants, par voie de vente ou d'achat, d'association, de prêt, de nantissement, de partage ou de tout autre acte soit créant un droit réel sur ces biens, soit entraînant ou susceptibles d'entraîner une mutation de biens immobiliers.

2° Employer des biens de l'incapable à son profit ou en emprunter.

3° Donner à bail à des tiers les immeubles de l'incapable pour une durée supérieure à trois années.

4° Donner à bail les immeubles du mineur pour une durée dépassant d'une année la date de sa majorité.

5° Accepter ou refuser les libéralités faites sous condition.

6° Servir, sur les biens de l'incapable, la pension due par celui-ci aux personnes à sa charge, à moins que cette pension ne résulte d'un jugement exécutoire.

7° Exécuter les obligations légales qui sont à la charge de la succession ou de l'incapable, tant qu'elles n'auront pas fait l'objet d'un jugement définitif.

8° Transiger ou compromettre.

9° Engager une action en justice, sauf dans le cas où tout retard causerait un préjudice à l'incapable ou lui ferait perdre son droit.

10° Se désister dans une action ou renoncer au droit de l'incapable d'exercer des voies de recours légales.

11° Employer les biens du mineur à son profit personnel ou à celui de son conjoint, de sa mère, de son père, de son frère, de son parent par alliance ou au profit d'une personne dont le tuteur testamentaire ou datif se trouve être le mandataire.

12° Payer les frais de mariage du mineur.

#### CHAPITRE VI : Administration des biens immeubles de l'incapable par voie de vente et d'acquisition

Art. 159 : Le juge autorise la vente d'un immeuble lorsqu'il est établi par un moyen de preuve légale :

1° Qu'il y a nécessité à vendre l'immeuble ;

2° Que cet immeuble doit être vendu par préférence à tout autre ;

3° Que la vente a lieu aux enchères publiques ;

4° Qu'il n'y a pas d'enchérisseur à un prix supérieur ;

5° Que le prix est versé en espèces et comptant.

Art. 160 : Le juge autorise une acquisition d'immeuble lorsqu'il est établi que cette acquisition présente un avantage pour l'incapable.

Art. 161 : Le tuteur testamentaire ou datif ne peut se rendre acquéreur pour son compte d'un bien de l'incapable, à moins que cette opération ne présente pour celui-ci un avantage évident.

Art. 162 : Lorsque le juge autorise le tuteur testamentaire ou datif à conclure pour son propre compte un acte translatif de propriété d'un bien appartenant à l'incapable, en raison de l'avantage qui en résulte pour ce dernier, une personne est désignée pour représenter l'incapable, accepter en son nom propre et défendre ses intérêts auprès du tuteur avec lequel il conclut le contrat.

Art. 163 : Le salaire du tuteur testamentaire ou datif est fixé à compter du jour où la demande en est faite.

#### CHAPITRE VIII : De la fin de la mission du tuteur testamentaire ou datif

Art. 164 : La mission du tuteur testamentaire ou datif prend fin dans les cas suivants :

- 1° Par le décès de l'incapable, par le décès ou l'absence du tuteur testamentaire ou datif ;
- 2° Lorsque le mineur atteint l'âge de la majorité, sauf si, parvenu à cet âge, il se trouve être prodigue ou en état de démence, et que le juge ait décidé par jugement son maintien en tutelle ;
- 3° Par l'achèvement de la mission pour laquelle le tuteur testamentaire ou datif a été désigné ou par l'expiration de la durée pour laquelle a été désignée pour une période limitée un tuteur testamentaire ou datif ;
- 4° Par l'acceptation de l'excuse invoquée par le tuteur qui se démet de ses fonctions ;
- 5° Par la perte de sa capacité légale ou sa révocation.

## CHAPITRE VIII : De la majorité et de l'émancipation

Art. 165 : Le mineur est affranchi de la tutelle dès qu'il atteint l'âge de la majorité, sauf s'il est remis en tutelle pour une autre cause entraînant son interdiction.

A l'âge de dix-huit ans, le mineur, si son tuteur le juge apte à être affranchi de la tutelle, peut être émancipé après l'accomplissement des formalités légales nécessaires à cette fin.

En cas de désaccord entre le mineur et son tuteur testamentaire ou datif, il en est référé au juge.

Art. 166 : Si le tuteur testamentaire ou datif s'aperçoit peu de temps avant que le mineur ne parvienne à l'âge de la majorité qu'il est prodigue ou en état de démence, il soumet son cas au juge en vue de statuer sur son maintien en tutelle conformément à la procédure légale.

## CHAPITRE IX : Révocation du tuteur testamentaire ou datif

Art. 167 : Le tuteur testamentaire ou datif est révoqué par ordonnance du juge pour les causes suivantes :

- 1° S'il vient à perdre l'une des conditions prévues à l'Art.153 ci-dessus ou s'il se trouve dans l'un des cas d'empêchements énoncés à l'Art. 154 du présent code ;
- 2° S'il est établi par-devant le juge que les actes du tuteur testamentaire ou datif ou son manque de diligence menacent les intérêts de l'incapable ou si l'examen des comptes de gestion fait naître un doute quant à la confiance mise en lui.

Art. 168 : 1° Tout tuteur testamentaire ou datif qui cesse ses fonctions doit, dans un délai maximum de trente jours, remettre à son successeur ou au mineur devenu majeur, ou, en cas de décès, à ses héritiers, les biens dont la gestion lui avait été confiée et présenter un compte appuyé de pièces justificatives. Il doit également présenter une copie de ce compte au juge.

2° En cas de décès, d'absence ou de mise en tutelle du tuteur testamentaire ou datif, il appartient à ses héritiers ou à celui qui fait fonction de tuteur de se dessaisir des biens identifiés de l'incapable et de payer, sur les biens de l'ancien tuteur, toute somme dont celui-ci serait déclaré débiteur.

Art. 169 : Lorsque le tuteur testamentaire ou datif manque à l'une des obligations mises à sa charge en vertu du présent code, il est déclaré responsable sur ses biens et garant de tout préjudice que pourrait subir l'incapable du fait de ce manquement.

Art. 170 : Tout tuteur testamentaire ou datif dont la mission prend fin et qui, sans excuse valable, refuse de se dessaisir des biens de l'incapable entre les mains de son successeur ou du mineur devenu majeur, est déclaré responsable des biens qui ont péri.

Art. 171 : Tout engagement, toute décharge ou transaction que le tuteur testamentaire ou datif peut, avant la liquidation des comptes et l'exécution définitive de ses obligations, obtenir du mineur devenu majeur, doivent être soumis au juge, aux fins d'homologation ou de rejet.

Art. 172 : Tous les cas qui ne pourront être révolus en application du présent code, seront réglés en se référant à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite malékite.

## LIVRE V : DU TESTAMENT

### CHAPITRE I : Règles générales

Art. 173 : Le testament est l'acte par lequel son auteur constitue sur le tiers de ses biens, un droit qui devient exigible par son décès.

Art. 174 : Pour être valable, le testament ne doit pas comporter de stipulations contradictoires, ambiguës ou illicites.

Art. 175 : Le testateur doit jouir de tout son discernement.  
Est valable le testament fait par le dément durant une période de lucidité et par le prodigue.

### CHAPITRE II : Du légataire

Art. 176 : Le testament ne peut être fait en faveur d'un héritier.

Art. 177 : Est valable le testament fait au profit d'un légataire qui peut légalement devenir propriétaire d'une manière réelle ou virtuelle de l'objet légué.

Art. 178 : Est valable le testament fait en faveur d'un légataire existant au moment de l'acte ou dont l'existence est prévue.

Art. 179 : Le légataire doit remplir les conditions suivantes :  
- Ne pas avoir la qualité d'héritier au moment du décès du testateur ;  
- Ne pas avoir tué volontairement et injustement le testateur, à moins que celui-ci ait été, avant sa mort, au courant des intentions du légataire et n'ait pas modifié son testament.

### CHAPITRE III : De l'offre et de l'acceptation

Art. 180 : L'offre, dans l'acte de testament, émane d'une seule personne : le testateur.

Art. 181 : On peut subordonner l'effet du testament à la réalisation d'une condition, pourvu que celle-ci soit valable. Par condition valable, on entend toute condition présentant un avantage pour le testateur, le légataire ou une tierce personne et non contraire au vœu de la loi.

Art. 182 : Le testateur a la faculté de revenir sur le testament et de l'annuler même s'il s'y engage à ne pas le révoquer. Il peut à tout moment et selon sa volonté, qu'il soit en bonne santé ou malade y insérer des conditions, instituer un colégataire ou annuler partiellement le testament.

Art. 183 : La révocation du testament peut avoir lieu, soit par une déclaration formelle ou impliquant la volonté de révoquer, soit par un fait tel que la vente de la chose léguée.

Art. 184 : Le testament fait en faveur d'un légataire non déterminé n'a pas besoin d'être accepté et ne peut être refusé par quiconque.

Art. 185 : Le testament fait en faveur d'un légataire déterminé peut être l'objet d'un refus de la part de ce dernier, s'il a pleine capacité. La faculté de refuser est transmise aux héritiers du bénéficiaire décédé.

Art. 186 : Le refus du légataire ne sera pris en considération qu'après le décès du testateur.

Art. 187 : Le testament peut être refusé ou accepté partiellement. Cette faculté peut être exercée par une partie des légataires s'ils sont pleinement capables.

L'annulation du testament ne porte que sur la partie refusée et ne produit ses effets qu'à l'égard des auteurs du refus.

#### CHAPITRE IV : Du legs

Art. 188 : L'objet du legs doit être susceptible d'appropriation.

Art. 189 : Si le testateur a ajouté un bien à l'objet déterminé d'un legs, ce bien s'incorpore au legs, s'il est de ceux qui sont ordinairement considérés comme négligeables ou s'il est établi que le testateur a eu l'intention d'annexer ce bien à la chose léguée ou si ce qui a été ajouté ne peut constituer par lui-même un bien indépendant.

Si ce qui a été ajouté peut constituer un bien indépendant, celui qui y aurait droit concourt avec le légataire pour l'ensemble, dans une proportion égale à la valeur du bien ajouté, en l'état où il se trouve.

Art. 190 : L'objet du legs peut être un bien ou un usufruit temporaire ou perpétuel.

#### CHAPITRE V : De la forme du testament

Art. 191 : Le testament est conclu au moyen de toute déclaration ou écrit ou encore au moyen de tout signe non équivoque dans le cas où le testateur est dans l'impossibilité de s'exprimer, verbalement ou par écrit.

Art. 192 : Pour être valable, le testament doit être constaté par acte adoulaire, ou par acte signé du testateur.

Si, par suite de force majeure, il est fait verbalement en présence de personnes habiles à témoigner mais non investies de fonctions adoulaire alors que cette même raison fortuite a empêché la rédaction et que l'enquête n'a révélé aucun motif de suspicion du témoignage, ce testament est valable, à condition d'avoir été l'objet d'une déposition, dès qu'il a été possible de la faire.

Ce testament produit ses effets s'il n'est soumis à aucune condition ou s'il est subordonné à une condition réalisable. Il est nul, s'il est subordonné à une condition irréalisable.

Art. 193 : Tout testament rédigé de la main du testateur ou dicté par lui doit contenir l'ordre de l'exécuter.

Art. 194 : Tout acte de testament ou de révocation de testament reçu par ministère d'adoul doit être dressé et transcrit sur le registre du tribunal compétent, dans les trois jours de la réception de la déclaration.

#### CHAPITRE VI : De l'exécution testamentaire

Art. 195 : L'exécution testamentaire appartient à la personne désignée à cet effet par le testateur, ou à défaut, à celle désignée par le juge.

Art. 196 : Le testament ne peut être exécuté sur une succession dont le passif est supérieur à l'actif, à moins que les créanciers pleinement capables n'y consentent qu'il y ait extinction de leurs créances.

Art. 197 : Lorsque le legs est égal à la part revenant à un héritier non déterminé, le légataire a droit à une part calculée en considération du nombre des successibles mais ne peut prétendre à plus du tiers, à moins que les héritiers majeurs n'y consentent.

Art. 198 : Le tiers disponible est calculé sur la masse successorale déterminée, après déduction des droits grevant celle-ci et qui doivent être prélevés avant les legs.

Art. 199 : Lorsque des legs de même rang dépassant le tiers disponible, les bénéficiaires se partagent ce tiers. En conséquence, dans le cas d'un legs portant sur un bien déterminé, le bénéficiaire d'un tel legs prend sa part sur ce bien même.

Par contre, la part du bénéficiaire d'un legs portant sur un bien non déterminé est prélevée sur la totalité du tiers de la succession.

La part revenant au bénéficiaire d'un legs portant sur un bien déterminé est fixée d'après la valeur de ce bien par rapport à la masse successorale.

Art. 200 : Si les héritiers ont, soit après la mort du testateur, soit pendant sa dernière maladie, ratifié le testament fait au profit d'un héritier ou si le testateur avait demandé préalablement leur autorisation à cet effet et qu'ils l'aient donnée, ceux qui, parmi eux, sont capables se trouvent, de ce fait, engagés.

Art. 201 : Lorsqu'une personne fait un legs en faveur d'un enfant à naître et décède, ses héritiers ont l'usufruit de la chose léguée jusqu'à ce que l'enfant naisse vivant : il recueille alors le legs.

Art. 202 : L'usufruit appartient à celui des légataires existant au moment du décès du testateur ou postérieurement à celui-ci. Tout légataire qui se révèle après le décès concourt au bénéfice de l'usufruit jusqu'au jour où devient certaine l'inexistence d'autres légataires. Les légataires existants recueillent alors la nue-propriété et l'usufruit ; la part de celui d'entre eux qui viendra à décéder fera partie de sa propre succession.

Art. 203 : Si un objet déterminé est légué successivement à deux personnes, il est partagé entre les deux légataires.

Art. 204 : Le légataire qui décède après avoir émis des vaguessements lors de sa naissance, a droit au legs. Ce dernier fait partie de la succession de ce légataire qui est considéré comme ayant vécu au moment de la dévolution héréditaire.

Art. 205 : Le legs constitué pour plaire à Dieu et en faveur d'œuvre de bienfaisance, sans indication précise de sa destination, doit être employé au profit d'œuvres pieuses.

Art. 206 : Le legs effectué en faveur des édifices du culte, des établissements de bienfaisance, d'enseignement et de tous les services publics, doit être employé au profit de leurs immeubles, de leurs œuvres, de leurs indigents et des autres besoins de ces institutions.

Art. 207 : Le legs est valable quand il est fait au profit d'une œuvre de bienfaisance déterminée, dont on prévoit la fondation. Si cette création s'avère impossible, le legs est affecté au profit d'une œuvre similaire.

Art. 208 : Dans le cas où un usufruit fait l'objet d'un legs, on prend en considération (pour déterminer le tiers disponible) la valeur de la pleine propriété.

Art. 209 : En cas de perte de la chose déterminée faisant l'objet du legs ou de l'attribution de celle-ci à un tiers du vivant du testateur à la suite d'une revendication, le légataire n'a plus aucun droit. Toutefois, si cette perte ou cette attribution n'affecte qu'une partie de l'objet du legs, le légataire reçoit le reste, dans la limite du tiers de la succession, sans qu'il soit tenu compte de la perte dans le calcul de ce tiers.

Art. 210 : Lorsqu'un bien est légué au profit d'un enfant à naître d'une tierce personne qui décède sans laisser d'enfant né ou à naître, ce bien revient à la succession du testateur.

Art. 211 : Le testament est annulé par :

1° La mort du légataire avant le testateur ;



- 2° La perte, avant le décès du testateur, de la chose déterminée ayant fait l'objet d'un legs ;
- 3° La révocation du testament par le testateur soit explicitement soit implicitement ;
- 4° La renonciation au legs, après le décès du testateur par le légataire majeur.

## CHAPITRE VII : Du tanzil (de l'institution et de la substitution d'héritiers)

Art. 212 : Il y a institution d'héritier lorsque le testament dit : « telle personne héritera avec mon fils ou mes enfants » ou bien « faites-la inclure parmi mes héritiers » ou bien « faites-la héritier de mes biens » ou bien, dans le cas où le testateur a un petit-fils descendant de son fils décédé « faites-le héritier à la place de son père ».

Cette institution est considérée comme un legs, qui ne dépasse par conséquent le tiers de la masse successorale qu'avec le consentement des héritiers.

Art. 213 : Dans les cas d'institution ou de substitution d'héritiers, lorsqu'il existe un héritier réservataire et si la volonté formelle du testateur a été d'attribuer au bénéficiaire une part égale à celle de l'héritier auquel il est assimilé ou substitué, la détermination des parts s'opère au moyen des fractions, l'existence du legs entraînant de ce fait la réduction des parts de chacun.

Si le testateur n'a pas exprimé formellement sa volonté d'attribuer au bénéficiaire une part égale à celle de l'héritier auquel il est assimilé ou substitué, les parts sont calculées sans tenir compte de l'existence de l'héritier substitué ou institué qui reçoit une part égale à celle dévolue à l'héritier auquel il est assimilé ou substitué. Le reste de la succession revenant aux héritiers réservataires et autres est partagé entre les bénéficiaires comme s'il n'y avait pas eu d'institution ou de substitution d'héritiers, l'existence du legs entraînant, de ce fait, la réduction des parts des héritiers réservataires.

Art. 214 : Dans l'institution ou la substitution d'héritiers, s'il n'existe pas d'héritiers réservataires, la personne instituée ou substituée est rangée parmi les héritiers masculins ou féminins, selon qu'elle appartient à l'un ou l'autre sexe.

Art. 215 : Lorsqu'il existe plusieurs héritiers substitués de sexe différent et que le testateur a exprimé sa volonté soit 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 une part double de celle de la femme.

Art. 216 : Tous les cas qui ne pourront être résolus en application du présent code, seront réglés en se référant à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite malékite.

## LIVRE VI : DE LA SUCCESSION. DISPOSITIONS GENERALES

Art. 217 : La succession comprend tout ce que le défunt laisse en fait de biens et de droits patrimoniaux.

Art. 218 : Cinq catégories de droits sont attachés à la succession; ils sont exercés dans l'ordre suivant :

- 1° Les charges grevant les biens réels composant la succession ;
- 2° Les frais de funérailles du de cujus réglés convenablement ;
- 3° Les dettes certaines du de cujus ;
- 4° Les legs valables et exécutoires ;
- 5° Les droits héréditaires dans l'ordre indiqué au présent code.

Art. 219 : La succession est la transmission d'un droit à la mort de son titulaire, et après liquidation de son patrimoine, à la personne qui peut y prétendre légalement sans qu'il y ait libéralité ni opposition.

Art. 220 : La succession s'ouvre à la mort réelle ou présumée du de cujus, lorsque la survie de l'héritier est indubitable.

Art. 221 : Est "présumée décédée" la personne qui a cessé de donner de ses nouvelles et à propos de laquelle le juge a rendu un jugement de présomption de décès.

Art. 222 : L'absent est tenu pour vivant eu égard à ses biens; sa succession n'est ouverte, et le partage n'en peut intervenir entre ses héritiers, qu'après que le juge a statué sur son décès. Il est considéré comme étant en vie à l'égard de sa succession aussi bien qu'à l'égard de ses droits dans la succession d'autrui; la part de l'absent est mise en réserve jusqu'à ce qu'on ait statué sur son cas.

Art. 223 : La personne disparue dans des circonstances exceptionnelles rendant sa mort probable, est déclarée décédée à l'expiration d'un délai :

- d'une année depuis la date à laquelle tout espoir a été perdu de savoir si elle était morte ou vivante.
- Dans tous les autres cas, il appartient au juge d'apprécier la durée de la période maximale à l'expiration de laquelle l'absent est déclaré décédé le tout après qu'il ait été procédé à une enquête et à toutes investigations par tous les moyens possibles et, notamment, par les services spécialisés dans la recherche des disparus.

Art. 224 : Si plusieurs personnes meurent ensemble qu'elles héritaient les unes des autres et qu'on ignore laquelle est décédée la première, aucune n'hérite de l'autre qu'elles aient ou non trouvé la mort dans un accident unique.

#### CHAPITRE I : Des causes et des conditions de la successibilité

Art. 225 : Les causes de la successibilité, comme le mariage et la parenté, sont des causes légales qui ne s'acquièrent ni par convention ni par testament, ainsi le de cujus ne peut priver l'héritier de sa qualité pas plus que l'héritier ne peut renoncer au profit d'un tiers.

Art. 226 : Les conditions requises pour succéder sont les suivantes :

- 1° La certitude du décès réel ou présumé du de cujus ;
- 2° L'existence réelle ou présumée de son héritier au moment du décès ;
- 3° La connaissance du lien successoral.

Art. 227 : Le nouveau-né hérite s'il est établi qu'il a poussé un vagissement ou s'il a pris le sein ou s'il a eu un comportement analogue sinon il n'hérite pas.

Art. 228 : N'héritent l'un de l'autre ni le musulman et le non musulman ni les individus dont la parenté n'est pas légalement reconnue ni l'enfant issu d'un commerce charnel illicite et l'auteur de ce commerce.

Art. 229 : Quiconque a tué le de cujus volontairement et sans motif légitime même en cas de doute n'hérite ni de ses biens propres ni de sa dya et n'exclut pas d'héritier ; l'auteur involontaire du décès du de cujus hérite de ses biens propres mais non de sa dya et n'exclut pas d'héritiers.

#### CHAPITRE II : Des voies successorales

Art. 230 : Il y a trois catégories d'héritiers : l'héritier qui n'a jamais qu'une part fardh, celui qui n'hérite que comme aceb et l'héritier qui procède de ces deux qualités, soit simultanément soit séparément.

Art. 231 : Le fardh est une part déterminée de l'actif successoral qui est attribué à l'héritier et les héritiers fardh passent en priorité pour l'attribution de la succession.

Art. 232 : S'il n'existe pas d'héritiers à fardh ou s'ils n'absorbent pas la totalité de l'actif net de la succession, cet actif ou ce qu'il en reste après que les héritiers fardh aient pris leur part, est attribué aux héritiers aceb.

Art. 233 : Les héritiers à fardh exclusivement sont au nombre de quatre : la mère, l'aïeule, l'épouse, et la sœur utérine.

Art. 234 : Les héritiers qui ne sont jamais que aceb sont au nombre de six : le fils, le petit-fils, le frère germain, le frère consanguin, l'oncle (paternel) et le neveu (fils du frère).

Art. 235 : Les héritiers susceptibles d'être simultanément fardh et aceb sont au nombre de cinq : le père, le grand-père, l'époux, le cousin (paternel) et le frère utérin.

Art. 236 : Les héritiers qui peuvent être tantôt Fardh, tantôt aceb mais sans réunir les deux qualités à la fois sont au nombre de quatre : la fille, la petite-fille, la sœur germaine et la sœur consanguine.

### CHAPITRE III : Des héritiers à fardh

Art. 237 : Il y a six quote-parts déterminées : la moitié, le quart, le huitième, les deux-tiers, le tiers et le sixième.

Art. 238 : Pour ce qui va suivre, l'expression enfant s'entend du garçon comme de la fille.

Art. 239 : Les titulaires d'une quote-part égale à la moitié de la succession sont au nombre de cinq :  
1° L'époux à condition que son épouse décédée n'ait pas laissé de descendant susceptible d'hériter, que ce soit un garçon ou une fille ;

2° La fille à condition qu'elle n'ait ni frère ni sœur issus du même père ;

3° La petite-fille du fils à condition que le de cujus n'ait pas laissé d'enfant fille ou garçon, et qu'il n'existe pas de petits-enfants (du fils) du même degré qu'elle ;

4° La sœur germaine à condition qu'elle ne se trouve en présence ni d'un frère germain ni d'une autre sœur germaine ni du père ni d'un enfant de premier degré ni d'un petit-fils. Pour ce qui est de l'enfant au premier degré cela s'entend du garçon comme de la fille ;

5° La sœur consanguine à condition qu'il n'y ait ni frère ni une autre sœur ni aucun autre des héritiers indiqués à propos de la sœur germaine.

Art. 240 : Les titulaires du quart sont nombre de deux :

1° L'époux si la femme décédée a laissé un descendant susceptible d'hériter ;

2° La veuve si son époux n'a pas laissé de descendant susceptible d'hériter.

Art.241 : Il n'y a qu'un héritier du huitième : c'est la veuve si son époux a laissé un descendant susceptible d'hériter.

Art.242 : Les titulaires des deux tiers sont au nombre de quatre :

1° Deux filles ou plus à condition qu'il n'existe pas de fils ;

2° Deux petites-filles ou plus à condition qu'il n'existe pas d'enfant du premier degré, fille ou garçon, ni de petits-fils du même degré qu'elles.

3° Deux sœurs germaines ou plus à condition qu'il n'existe ni frère germain, ni père, ni enfant du premier degré, fille ou garçon ;

4° Deux garçons consanguins ou plus à condition qu'il n'existe ni frère consanguin ni aucune des personnes nommées ci-dessus à propos du cas des deux sœurs germaines.

Art.243 : Les titulaires du tiers sont au nombre de trois :

1° La mère à condition que le défunt n'ait pas laissé de descendant successible et qu'il n'ait plus deux frères ou plus même s'ils sont exclus.

2° Plusieurs frères utérins à condition le défunt n'ait laissé ni père, ni grand-père (paternel), ni d'enfants du premier degré, ni de petits-enfants qu'il s'agisse de garçons ou de filles.

Art. 244 : Les titulaires du sixième sont les suivants :

1° Le père s'il existe un enfant ou un petit -enfant, fille ou garçon ;

- 2° La mère s'il existe un enfant ou un petit-enfant ou deux ou plusieurs frères, (ou sœur »héritant effectivement ou exclus) ;
- 3° La petite-fille ou plusieurs petites-filles à condition qu'il y ait avec elle une fille et qu'il n'y ait pas avec elle un petit-fils du même degré qu'elle.
- 4° La sœur consanguine ou plusieurs à condition qu'il y ait avec elle une sœur germaine ni père, ni enfant, fille ou garçon ;
- 5° Le frère utérin, à condition d'être seul qu'il soit garçon ou fille et à condition que le de cujus, ni enfant, ni petits-enfants, filles ou garçons ;
- 6° La grand-mère lorsqu'il n'y en a qu'une, qu'elle appartienne à la ligne paternelle ou à la ligne maternelle, s'il y a deux grand-mères, elles se partagent le sixième si elles sont du même degré (par rapport au de cujus) ou encore si c'est l'aïeule maternelle qui est d'un degré plus éloigné. Si la grand-mère maternelle est d'un degré plus proche que la grand-mère paternelle elle prend le sixième en entier ;
- 7° Le grand-père paternel s'il y a un enfant ou petit-enfant et s'il n'y a pas de père.

#### CHAPITRE IV : Des héritiers aceb

Art. 245 : Il y a trois catégories de aceb :

- Les aceb par eux-mêmes ;
- Les aceb par autrui ;
- Les aceb avec autrui.

Art. 246 : Les aceb par eux-mêmes se divisent en quatre classes rangées dans l'ordre qui suit :

- 1° Les descendants mâles par les mâles, in infinitum ;
- 2° Les ascendants paternels et les frères germains et consanguins (qui sont réunis ensemble) ;
- 3° Les descendants des frères germains et consanguins, in infinitum ;
- 4° Les oncles germains ou consanguins et leurs descendants (c'est-à-dire les cousins du de cujus).

Art. 247 : 1° A l'intérieur d'une même classe de aceb, le parent le plus proche du défunt exclut celui d'un degré plus éloigné ;

2° A l'intérieur d'une même classe et à égalité de degré il sera tenu compte de la force du lien de parenté, celui qui est lié au de cujus par le père et par la mère passe avant celui qui n'est lié que par le père.

3° Lorsque, dans la classe, plusieurs héritiers sont au même degré, et sont unis au de cujus par le même lien de parenté, la succession est partagée entre eux sur une base égalitaire.

Art. 248 : Les Aceb par autrui sont :

- 1° Les fils par le fils ;
- 2° Les filles (du fils) in infinitum par les petits-fils (du fils) s'ils sont du même degré sans restriction ou s'ils sont d'un degré inférieur ou n'héritent pas par ailleurs ;
- 3° Les frères germains par les sœurs germaines et consanguines et, ils hériteront dans ce cas avec le privilège du double au profit du mâle.

Art. 249 : Les Aceb avec autrui sont :

Les sœurs germaines ou consanguines par les filles ou petites-filles (du fils) in infinitum et elles auront droit au reliquat après les Fardh. Dans ce cas les sœurs germaines sont assimilées aux frères germains et les sœurs consanguines sont assimilées aux frères consanguins et elles prennent leurs parts par rapport aux autres Aceb suivant l'ordre de préférence de la classe, du degré et de la force du lien.

Art. 250 : Si le père ou le grand-père se trouve en présence d'une fille ou d'une petite-fille, in infinitum, il aura droit au sixième en tant que Fardh et le reste en tant que Aceb.

Art. 251 : 1° Si le grand-père paternel se trouve en présence de frères et sœurs germains en particulier ou avec des frères ou sœurs consanguins, ensemble ou séparément, il aura droit à l'option la plus

avantageuse entre le tiers de tous les biens ou le partage ;

2° S'il se trouve en présence de l'ensemble des deux catégories des frères et sœurs germains et des frères et sœurs consanguins, il aura droit à l'option la plus avantageuse entre le tiers de tous les biens ou le partage ;

3° S'il se trouve en présence des frères et sœurs et des héritiers fardh il aura droit à l'option la plus avantageuse entre : le sixième de l'ensemble des biens, le tiers après prélèvement des parts des fardh ou bien le partage dans lequel il sera assimilé à l'un des frères, les règles de la Mouadat seront applicables à tout ce qui précède.

## CHAPITRE V : Des exclusions

Art. 252 : On appelle exclusion, le fait pour un successible donné d'être privé de tout ou partie de la succession, par suite de l'existence d'un autre parent.

Art. 253 : Il y a deux sortes d'exclusions :

1° Celle par suite de laquelle l'héritier aura une part de la succession moindre que celle à laquelle il aurait droit autrement (exclusion partielle) ;

2° Celle qui conduit à l'évincer entièrement de la succession (exclusion totale)

Art. 254 : Six catégories d'héritiers ne peuvent jamais être frappées d'exclusion totale, ce sont : le fils, la fille, le père, la mère, l'époux et l'épouse.

Art. 255 : Peuvent être frappés d'exclusion totale ;

1° Le fils du fils et la fille du fils par le fils le descendant ou la descendante plus éloignés par un descendant plus proche ;

2° Le grand-père par le père et l'aïeul mâle par les mâles le plus éloignés par un descendant mâle par les mâles plus proches ;

3° Le frère et la sœur germain par le père et le fils et le petit-fils ;

4° Le frère consanguin et la sœur consanguine par le frère germain et tous ceux qui excluent celui-ci, la sœur germaine ne les exclut pas ;

5° Le fils du frère germain par le grand-père, par le frère consanguin et par ceux qui l'excluent lui-même.

6° Le fils du frère consanguin par le fils du frère germain et tous ceux qui excluent ce dernier ;

7° L'oncle germain par le fils du frère consanguin et par tous ceux qui excluent ce dernier ;

8° L'oncle consanguin par l'oncle germain et tous ceux qui excluent ce dernier ;

9° Le fils de l'oncle germain par l'oncle consanguin et tous ceux qui excluent ce dernier ;

10° Le fils de l'oncle germain par l'oncle germain et tous ceux qui excluent ce dernier ;

11° Le frère utérin et la sœur par le fils, la fille, le petit-fils et la petite-fille et ainsi de suite, par le père et le grand-père paternel et ainsi de suite en remontant ;

12° La grand-mère maternelle par la mère ;

13° La grand-mère paternelle par le père et par la mère ;

14° L'aïeule maternelle exclut l'aïeul paternel d'un degré plus éloigné.

Art. 256 : Peuvent être frappés d'exclusion partielle :

1° La mère en ce que ses droits sont réduits du tiers au sixième par la personne du fils, du petit-fils, de la fille et de la petite-fille également par deux frères ou sœurs ou plus qu'ils soient germains, consanguins ou utérins ;

2° L'époux en ce sens que ses droits sont réduits du quart au huitième par la présence du fils, du petit-fils, de la fille ou de la petite-fille ;

3° L'épouse en ce sens que ses droits sont réduits du quart au huitième par la présence du fils, petit-fils, filles et petites-filles ;

4° La fille du fils en ce sens que la présence d'une fille réduit ses droits de la moitié au sixième lorsque la petite-fille est seule et des deux tiers au sixième lorsqu'elles sont plusieurs petites-filles ;

5° La sœur consanguine en ce sens que la présence d'une sœur germaine réduit ses droits de la moitié au sixième s'il n'y a qu'une seule sœur consanguine et des deux tiers au sixième si elles sont plusieurs ;

6° La fille ;

- 7° La petite-fille ;
- 8° La sœur consanguine ;
- 9° La sœur consanguine en ce sens que quel que soit leur nombre, la présence d'un frère leur supprime leur part pour les rendre Aceb ;
- 10° Les sœurs germaines ;
- 11° Les sœurs consanguines en ce sens que les filles leur donne la qualité de Aceb de telle sorte qu'une fille ou plusieurs leur enlève leur qualité de Fardh pour les rendre Aceb.

## CHAPITRE VI : Des cas particuliers

### Art. 257 : Le cas dit Moudat.

Lorsque les frères et sœurs germains se trouvent en présence de frères et sœurs consanguins, les germains font entrer l'Aïeul en ligne de compte avec les consanguins de telle sorte que grâce à ces derniers ils empêchent l'Aïeul d'avoir une part très grande de la succession.

Ensuite les germains qui comportent plus d'une sœur germaine prennent la part des consanguins. Si par contre les germains ne comprennent qu'une sœur germaine, celle-ci prend sa part Fardh intégralement et le reste de la succession est partagé entre les frères et sœurs consanguins, le frère consanguins recevant la part de deux sœurs consanguines.

### Art.258 : Les cas dits Akdaria et Gharaa.

La sœur n'hérite pas en qualité de Fardh lorsqu'elle est en concours avec l'Aïeul sauf dans le cas dit Akdariat où un mari, une sœur germaine ou consanguine et un Aïeul se trouvent en présence. La part de l'Aïeul est ajoutée à celle de la sœur puis on partage le tout selon la règle du double ou profit du mâle. Le dénominateur est porté de 6à9, le mari reçoit  $\frac{9}{27}$ , la mère  $\frac{6}{27}$  et l'Aïeul  $\frac{8}{27}$ .

### Art. 259 : Les cas de Milkia.

Lorsque l'Aïeul se trouve en présent du mari, de la mère, d'un frère consanguin(ou plusieurs), et de frère et sœurs utérins, le mari reçoit la moitié, la mère le sixième et l'Aïeul reçoit le reste. Les frères et sœurs utérins n'ont droit à rien car l'Aïeul les exclut, le frère consanguin ne reçoit rien.

### Art. 260 : Cas analogue à celui dit Malikia.

Lorsque l'Aïeul se trouve en présence du mari, de la mère, d'un frère germain et de frères et sœurs utérins, il prend ce qui reste prélèvement des parts des héritiers à Fardh à l'exception du frère car l'Aïeul l'exclut.

### Art. 261 : Le cas dit Kharkaa.

Lorsque viennent en concours la mère, l'Aïeul et une sœur germaine ou consanguine, la mère reçoit le tiers, le reste est partagé entre l'Aïeul et la sœur avec privilège du double pour le mâle.

### Art.262 : Le cas dit Mouchtaraka.

Le frère prend la même part que la sœur dans le cas dit Mouchtaraka. C'est le cas où se trouvent en présence le mari, la mère ou l'Aïeul, des frères utérins et des frères et sœurs germains. Ainsi sont associés dans le tiers, les frères et sœurs germains le partage ayant lieu tête(et par parts «égales ») car ils sont issus de la même mère.

### Art. 263 Le cas dit Gharraouine.

Lorsque la femme est en présence des père et mère, elle droit au quart, la mère au tiers du reste, c'est à dire le quart, et pour le père ce qu'il en reste. Lorsque l'épouse se trouve en présence des père et mère, il a droit au quart, la mère au tiers du reste, c'est à dire le quart, et pour le père ce qu'il en reste.

Lorsque l'époux se trouve en présence des père et mère, il a droit à la moitié, la mère au tiers de ce qui reste, c'est à dire le sixième, et pour le père ce qu'il en reste.

### Art.264 : Le cas dit Moubahala.

Lorsque viennent en concours le mari, la mère et une sœur germaine ou consanguine, la part du mari

est la moitié et celle de la mère est du tiers. Le dénominateur est porté de 6 à 8 de telle sorte que le mari reçoit les  $\frac{3}{8}$ , la sœur les  $\frac{3}{8}$  et la mère le  $\frac{2}{8}$ .

Art. 265 : Le cas dit Menbaria.

Lorsque viennent en concours l'épouse, deux filles, le père et la mère du de cujus, le dénominateur commun de leur part est de 24, on le porte à 27. Les deux filles reçoivent les  $\frac{2}{3}$ , soit  $\frac{16}{27}$ , les père et mère ensemble le  $\frac{1}{3}$  soit  $\frac{8}{27}$  et la femme le  $\frac{1}{8}$ , soit  $\frac{3}{27}$ , si bien que sa part Fardh du  $\frac{1}{8}$  devient  $\frac{1}{9}$ .

## CHAPITRE VII : Du legs obligatoire

Art. 266 : Lorsque le de cujus laisse des descendants d'un ou plusieurs fils décédés, ces derniers auront droit, dans le tiers de sa succession, à titre de legs dans la proportion et selon les conditions suivantes : ????

Art. 267 : Le legs obligatoire des petits-fils comprend une part égale à celle qu'aurait eu son auteur s'il avait survécu au de cujus mais le total de leur part ne peut pas dépasser le tiers de la succession.

Art. 268 : Les petits-fils n'auront pas droit à un legs s'ils sont héritiers de l'auteur de leur père, qu'il soit un grand-père ou une grand-mère, ou s'ils ont fait l'objet d'un legs ou d'une donation de son vivant sans contrepartie qui équivaut à leur part dans ce legs obligatoire; s'il leur en a légué moins, il faut combler le déficit et, s'il leur en a légué plus, le supplément doit faire l'objet d'un accord de la part des héritiers; s'il n'a légué qu'à quelques uns parmi eux seulement, les autres ont droit au legs selon les conditions précédentes.

Art. 269 : Ce legs est destiné aux petits-fils et arrières petits-fils ad-infinitum qu'il y en ait un ou plusieurs, avec privilège du double au profit des mâles. Le partage se fera par auteur et à l'intérieur de chaque classe il se fait par tête.

## CHAPITRE VIII : De la liquidation de la succession

Art. 270 : Il appartient au juge de prendre le cas échéant, toutes les mesures urgentes nécessaires à la sauvegarde de la succession. Il lui appartient en particulier, de décider l'apposition des scellés et le dépôt des sommes d'argent et des objets de valeur.

Art. 271 : Le juge ordonne ces mesures conservatoires :

- Soit de son propre chef, s'il se trouve au nombre des héritiers un incapable non pourvu de tuteur testamentaire; il en va de même lorsqu'un héritier est absent;
- Soit à la demande du ministère public près le tribunal de première instance lorsque le défunt était un dépositaire public; dans ce cas, les scellés ne sont apposés qu'en raison de ce dépôt sur les objets qui le composent ou les meubles ou les pièces du logement qui les renferment;
- Le juge peut également ordonner les mesures conservatoires indispensables si l'un des intéressés lui en fait la demande et que les circonstances le justifient.

Art. 272 : Il est interdit à quiconque, parmi les héritiers, de prendre en main la gestion des biens successoraux avant la liquidation, sauf si une nécessité impérieuse l'y contraint. Il lui est également interdit de percevoir les créances et de payer les dettes de la succession sans l'autorisation du liquidateur.

Art. 273 : Le juge désigne, pour liquider la succession, la personne sur le choix de laquelle les héritiers se sont mis d'accord, et s'il estime nécessaire le choix d'un liquidateur, le juge le leur impose, sauf à le choisir parmi les héritiers dans la mesure du possible et ce, après avoir entendu leurs observations et leurs réserves.

- Il peut y avoir un ou plusieurs liquidateurs.

On applique au liquidateur les règles du mandat, dans la mesure indiquée dans l'ordonnance de nomination.

Art. 275 : Le liquidateur peut refuser la mission qui lui est confiée ou y renoncer après coup, selon les règles du mandat. Le juge peut aussi substituer un nouveau liquidateur à l'ancien, soit d'office, soit à la demande de l'un des intéressés, lorsque existent des raisons justifiant cette décision.

Art. 276 : La mission du liquidateur est celle qu'indique l'acte de nomination.

Art. 277 : L'acte de nomination impartit un délai au liquidateur pour présenter un inventaire de la succession.

Art. 278 : Il appartient au liquidateur de réclamer au juge une rétribution équitable pour l'exécution de sa mission.

Art. 279 : Les frais de la liquidation sont à la charge de la succession.

Art. 280 : Il appartient au liquidateur, dès sa nomination, de précéder à l'inventaire de tous les biens du défunt par l'intermédiaire de deux adouls conformément à la pratique judiciaire. De même qu'il doit rechercher les dettes et les créances de la succession. Les héritiers doivent porter à la connaissance du liquidateur tout ce qu'ils savent des obligations de la succession et de ses droits.

Art. 281 : A l'expiration de la période qui lui a été impartie pour l'inventaire, le liquidateur dresse la liste, article par article, de tous les biens immobiliers et mobiliers laissés par le défunt. Il doit mentionner sur cette liste les droits et dettes attestés par les papiers et registres domestiques du défunt et ceux dont l'existence est parvenue à sa connaissance d'une manière quelconque. Le liquidateur peut demander au juge une prolongation du délai qui lui a été imposé lorsque les circonstances le justifient.

Art. 282 : Après examen de l'inventaire par le juge, la succession est liquidée sous son contrôle.

Art. 283 : Au cours de la liquidation de la succession, le liquidateur doit accomplir les actes d'administration qui s'imposent, il doit aussi représenter la succession dans les instances judiciaires et percevoir les créances successorales arrivées à échéance. Le liquidateur même s'il n'est pas rétribué, encourt la responsabilité du mandataire salarié. Le juge peut lui réclamer périodiquement la présentation des comptes de son administration.

Art. 284 : Pour évaluer les biens successoraux, le liquidateur fait appel à des experts, ou à toute autre personne ayant à ce propos des connaissances spéciales.

Art. 285 : Après en avoir demandé la permission au juge et avec l'approbation des héritiers, le liquidateur procède au paiement des dettes successorales qui sont exigibles. Quant aux dettes litigieuses, elles ne sont réglées qu'après le jugement définitif.

Art. 286 : En cas d'insolvabilité ou de présomption d'insolvabilité de la succession, le liquidateur doit suspendre le paiement de toute dette, alors même qu'elle ne serait pas l'objet d'une contestation judiciaire, jusqu'à ce que l'ensemble des litiges afférents au passif de la succession aient été définitivement tranchés.

Art. 287 : Le liquidateur règle les dettes de la succession au moyen des créances qu'il recouvre, des sommes d'argent qu'elle comprend et du prix des biens mobiliers; si tout cela ne suffit pas, avec le prix des biens immobiliers que la succession comporte. Les meubles et les immeubles successoraux sont vendus aux enchères publiques, à moins que les héritiers ne se mettent d'accord pour se les attribuer à concurrence de leur valeur fixée par voie d'expertise ou au moyen d'une licitation entre eux, compte tenu toutefois des dispositions concernant les mineurs.



Art. 288 : Après règlement des dettes successorales, le liquidateur a pour mission de délivrer les legs.

## CHAPITRE IX : De la transmission et du partage de la succession

Art. 289 :Après acquittement des charges de la succession les héritiers rentrent en possession de ce qu'il en reste chacun à proportion de sa part égale.

Les héritiers peuvent dès l'achèvement de l'inventaire demander à rentrer en possession, sur la base du compte, des objets ou des sommes d'argent qui ne sont pas indispensables à la liquidation de la succession, ou une partie de ceux-ci à condition qu'elle n'excède pas leur quote-part dans l'héritage et sous réserve de l'accord de l'ensemble des héritiers.

Art. 290 :Chaque héritier a le droit d'obtenir des deux adouls un extrait de sa successibilité et un extrait de la succession faisant ressortir sa quote-part dans celle-ci et montrant la répartition des biens de la succession.

Art. 291 :Tous ceux qui héritent en tant que fardh, aceb ou légataire ont le droit de demander le partage légal de la succession.

Art. 292 :Si la succession comprend des biens immobiliers susceptibles de partage, afin de minimiser les charges de l'indivision, le liquidateur en informe les héritiers, s'ils acceptent il procède au partage, s'ils ne s'accordent pas, celui qui sollicite le partage saisit le juge, lequel y procède selon les règles en vigueur.

Art. 293 : Le juge peut ordonner le partage, afin de limiter les dégâts que subit l'indivision et pour préserver de leur perte les droits et les biens.

Art. 294 :Sont applicables au partage successoral, les règles prescrites pour le partage.

Art. 295 : Si le partage ne comprend pas tous les biens du de cujus au moment de son décès, ceux qui n'en faisaient pas partie seront transmis dans l'indivision conformément aux règles successorales.

Art. 296 :Les héritiers dans les succession qui n'ont pas été liquidés avant la date de publication du présent code, ont le droit de demander l'application des dispositions de cette moudawana.

Art. 297 : Tous les cas qui ne pourront être résolus en application du présent code, seront réglés en se référant à l'opinion dominante ou à la jurisprudence constante dans le rite malékite.

## Glossaire

<i>Adoul</i>	Notaire religieux
<i>Amir al Mouminin</i>	Commandeur des croyants
<i>Bayna</i>	Preuve
<i>Cadi</i>	Juge
<i>Chari'a</i>	Loi musulmane, ensemble des règles à suivre par les musulmans
<i>Chubha</i>	Doute
<i>Dahir</i>	Décret royal
<i>Dhimmi</i>	« Gens du livre » vivant dans un Etat musulman en payant la <i>fidiya</i>
<i>D'jabr</i>	Droit de contrainte matrimoniale
<i>Faqih</i>	Personne habilitée à pratiquer le <i>fiqh</i>
<i>Fardh</i>	Une part
<i>Fiqh</i>	Perspicacité, compréhension et maîtrise d'un savoir
<i>Firash</i>	Lit conjugal
<i>Hajb</i>	Empêchement à la succession
<i>Hchouma</i>	Honte
<i>Hila</i>	Subterfuge
<i>Ijtihad</i>	Effort de réflexion
<i>Ijma</i>	Unanimité / Consensus
<i>Ilm al kalam</i>	Dialectique

<i>Imarat al Mouminin</i>	Commanderie des croyants
<i>Istelah</i>	Approprié
<i>Istihsan</i>	Préférence
<i>Istilhaq</i>	Reconnaissance de parenté
<i>Istinbat'</i>	Déduction
<i>Jaza</i>	Adoption de gratification (sans filiation)
<i>Kafala</i>	Recueil ou prise en charge d'enfant
<i>Kafil</i>	Recueillant d'enfant
<i>Kanun</i>	Loi / Droit
<i>Khol</i>	Divorce par compensation
<i>Li'an</i>	Serment d'anathème
<i>Makfûl</i>	Enfant recueilli
<i>Moujtahid</i>	Personne habilitée à délivrer un effort de réflexion personnelle
<i>Mutaâ</i>	Mariage temporaire (ou mariage de plaisir)
<i>Nafaqa</i>	Pension
<i>Nasab</i>	Paternité
<i>Nikah</i>	Contrat de mariage
<i>Qabila</i>	Tribu
<i>Qafaa'</i>	Physiognomonie
<i>Qaraa'</i>	Tirage au sort
<i>Qiyass</i>	Analogie
<i>Qwama</i>	Autorité/Subvenir
<i>Radd'</i>	Augmentation de la part des héritiers
<i>Razzia</i>	Invasion / Incursion

<i>Sunna</i>	Tradition du prophète Mohammed
<i>Talfiq</i>	Combinaison des règles relevant de différentes écoles
<i>Takkayur</i>	Choix des règles d'une autre école sunnite
<i>Tanzil</i>	Adoption testamentaire (sans filiation)
<i>Taqlid</i>	Imitation
<i>Tasi'b</i>	Parenté
<i>'Urf</i>	Coutume
<i>Zina</i>	Fornication

## Sources

Textes de loi :

Arrêt n° R 658, Cours suprême, 30 décembre 2004, Maroc.

Arrêt Princesse de Beauffremont

Arrêt Hyde V. Hyde and Woodmansee (1866).

CA El-Jadida, Chambre de statut personnel, jugement n° 496/98 rendu le 20 mars 2002.

CEDH, Arrêt Harroudj c. France, n°43631/09.

Cour de Cassation, 1<sup>re</sup> Chambre civile, n° 93-17634, 1995.

Cour de Cassation, Arrêt n°331, dossier 2015/1/2/276, 23/06/2015.

Cour de Cassation, Arrêt n° 1/275, dossier 2018/1/2/365, 29 Septembre 2020.

TPI Tanger, section tribunal de la famille, Jugement n°278/16/2012, 16 Mars 2016.

*Code de Hammourabi.*

*Code civil.*

*Dahir portant loi n°1-93-165 relative aux enfants abandonnés.*

*Dahir du 9 ramadan 1331 formant code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913).*

*Dahir n°1-02-22 du 12 Hija 1424 (3 Février 2004) portant promulgation de la loi n° 70-03 portant code de la famille.*

*Dahirs du 4 avril 1958 instituant statut personnel.*

*Dahir °1-11-91 du 29 juillet 2011/ 27 chabbane1432 portant promulgation du texte de la constitution.*

*Dahir n°1-16-2 du 1<sup>er</sup> rabii II 1437 (12 janvier 2016) portant promulgation de la loi n°102-15 ; Bulletin officiel n° 6436 du 24 rabii II 1437 (4 février 2016).*

*Recueil général des anciennes lois françaises, édité par MM, Jourdan, Decruzy et Isambert, T.XVI, 1821-1833.*

La Déclaration universelle des droits de l'homme.

La Convention International des Droits de l'Enfant.

**DE GOUGES** Olympe, *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, 1791.

Ouvrages Généraux :

**ABU-SAHLIEH** Sami Awad Aldeeb, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008, p. 590.

**ARISTOTE**, *Politique*, Paris, Ladrance, 1874, I, II.

**BASSANO** Marie, *Introduction historique au droit*, Université numérique juridique Francophone.

**BASDEVANT-GAUDEMET** Brigitte, **GAUDEMET** Jean, *Introduction historique au droit*, LGDJ, 2003, p. 490.

**BLANC** François-Paul, *Le droit musulman*, Dalloz, 2<sup>e</sup> 2007, p. 143.

**BLANC** François-Paul, **MILLIOT** Louis, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2<sup>e</sup> éd., 1986, p. 669.

**DUCOS** Michèle, *Rome et le droit*, le livre de poche, 1996, p. 191.

**DE BELLEFONDS** Yvon Linant, *Traité de droit musulman comparé*, EHESS, T3, 467.

**ELLUL** Jacques, *Histoire des institutions*, PUF, coll. « Thémis », *Tome 1-2 : L'Antiquité*, 8<sup>e</sup> éd., 1992, p. 616.

**GAUDEMET** Jean, *Les institutions de l'Antiquité*, Montchrestien, coll. « Domat », 6<sup>e</sup> éd., 2000, p. 519.

**HALPERIN** Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, coll. « Quadrige », 2001, p. 416.

**IBN KHALDOUN**, *Les prolégomènes*, Livre III, Institut de France, 1863, p. 574.

**OURILIAK** Paul, **DE MALAFOSSE** Jehan, *Histoire du droit privé*, PUF, 1986, p. 66.

**PLUTARQUE**, *Apophtegmes Laconiens in Moralia*, Lefèvre, Paris, Tome 6, 1844, p. 619.

**PLATON**, *Oeuvre de Platon*, Tome VII, Paris, p. 370.

**RENAN** Ernest, *Mélanges d'histoire et de voyage*, Éditeur Calmann Lévy, 1878, p. 530.

**ROBAYE** René, *Le droit romain*, 3<sup>e</sup> Ed, Academia Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 335.

**SCHIAVONE** Aldo, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Belin, 2011, p. 704.

**SCHMIDLIN** Bruno, *Droit prive romain I*, Bruylant, 2008, p. 350.

**XÉNOPHON**, *Oeuvres Complètes*, Hachette, Tome 1, 1856, 1026.

Ouvrages Spécialisés :

*Anthropologie juridique*, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1990, 128 p.

**ALAMI M'CHICHI** Houria, **BENRADI** Malika, **CHAKER** Aziz, *Alii, Féminin-Masculin : La marche vers l'égalité au Maroc 1993-2003*, ImprimElite, p. 293.

**BECK** Herman, *L'image d'Idris II, ses descendants de Fas et la politique sharifienne des sultans marinides*, E.J.Brill, 1989, p. 292.

**BENRADI** Malika, **MOUAQIT** Mohamed, **ZEIDGUY** Rabha, **OUNNIR** Abdellah, *Alii, Le code de la famille : Perceptions et pratique judiciaire*, Friedrichebertstiftung, Maroc, 2007, p. 291.

**BLEUCHOT** Hervé, *Droit musulman : Tome 1 : Histoire. Tome 2 : Fondements, culte, droit public et mixte*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, pp. 790.

**BONETE** Pierre, **PORQUERES I GENE** Enric et **WILGAUX** Jérôme, *L'argument de la filiation : Aux fondements des sociétés européennes et méditerranéennes*, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 2011, p. 474.

**BORRMANS** Maurice, *Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours*, Paris, 1977, p. 708.

**BÜHLER** Theodor, *Droit de la famille*, 2006.

**CAMAU** Michel et **GEISSER** Vincent, *Habib Bourguiba. La trace et l'héritage*, Karthala, 2004, p. 664.

**COULSON** Noël J., *Histoire du droit islamique*, PUF, coll. « islamiques », 1995, p. 240.

**CUQ Édouard**, *le mariage à Babylone d'après les lois de Hammourabi*, Librairie Victor lecoffe, 1905, p. 24.

**DÉCHAUX** Jean-Hugues, *Sociologie de la famille*, La Découverte, 2009, p. 128.

**HOUDAÏFA** Hicham, *Dos de femme, dos de mulet : les oubliées du Maroc profond*, En toutes lettres, Casablanca, 2015, p. 110.

**HUMBERT** Michel, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, coll. « Précis », 7<sup>e</sup> éd., 1999, p. 608.

**JOINVILLE** Jean, *Histoire de Saint-Louis*, Paris, 1869, p. 411.

**LÉVI-STRAUSS** Claude, *Les structures élémentaires de la parenté*, Nouv. Ed. Revue, La Haye-Paris, 1949, p. 639.

**MINCE** Juliette, *Le coran et les femmes*, Ed. Pluriel, Hachette, 1996, p. 182.

**MONJID** Mariam, *L'islam et la modernité dans le droit de la famille au Maghreb, Étude comparative : Maroc, Algérie, Tunisie*, L'Harmattan, 2013, p. 356.

**MONJID** Mariam, *Les droits maghrébins des personnes et de la famille*, éd. L'Harmattan,

2009 p. 524.

**MORVAN** Anne, **VERJUS** Anne, *La famille, État des savoirs et sciences sociales*, 2014, p.139.

**PAPI** Stéphane, *L'influence juridique islamique au Maghreb : Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie*, L'Harmattan, 2009, p. 389.

**POUPART** André, *Adaptation et immutabilité en droit musulman : l'expérience marocain*, L'Harmattan, 2010, p. 186.

**RIVIER** Alphonse, *Précis du droit de la famille romaine*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1891, 390.

**ROULAND** Norbert, *Anthropologie juridique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1988, p. 496.

**SERIAUX** Alain, *Droit canonique*, PUF, coll. « Droit fondamental », 1996, p. 902.

**STEGMANN** Ricarda, **SCHNEUWLY BRUGGER** Mallory, *A propos de l'héritage : Usages et enjeux pour les musulman.e.s. de Suisse*, Centre Suisse Islam et Société, Université de Fribourg, 2019, p. 51.

**TAGHBALOUTE** Aziz, *Le fellah marocain : exemple d'une tribu berbère : les Beni M'tir du XIXe siècle jusqu'à nos jours*, université de Saint-Étienne, 1994, p. 372.

**TOBICH** Faiza, *Les statuts personnels dans les pays arabes : de l'éclatement à l'harmonisation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2008, p. 354.

**TOZY** Mohamed, *Monarchie et islam politique au Maroc*, presses de Sciences Po, 1999, p. 282.

**UBICINI** Abdolonyme, *Lettre sur la Turquie*, Paris, J.Dumaine, 1835, p. 482.

Mémoires et Thèses :

**MOULAY RCHID** Abderrazzak, *La condition de la femme au Maroc*, Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales, Rabat, 1985, p. 607.

**BENTAYEB** Khouloud, *La réforme du divorce en droit marocain : entre tradition religieuses et influences occidentales*, Mémoire, Université catholique de Louvain, 2015, p. 151.

**BOUZID** Khalid, *Itbat al-nasab bi' al-toruq al-ilmiya fi qanun al-ousra wa al qanun al-moqaran* (la preuve scientifique de la filiation dans le droit de la famille et dans le droit comparé), Thèse, université d'Oran, Algérie, 2018, p. 312.

**COULIBALY** Mahamane, *L'adoption et les droits de l'enfant en Afrique francophone : réflexions sur les droits malien et sénégalais*, Thèse, Université de Grenoble Alpes, 2015, p.



541.

**DE VIENNE** Amié-René Mathieu, *De la légitimation des enfants naturels en droit romain et en droit français*, Thèse, Université de Paris, 1876, p. 440.

**FERKH** Hassan, *L'unicité de la notion de la famille en droit musulman et sa pluralité en droit français*, Thèse, Lyon 3, 1994, p. 413.

**HARIZI** Rima, **ZABI** Iman, *Li'an wa atar al-basma al-wiratiya fi isqatih* (Li'an et les répercussions de l'ADN sur ce dernier), Mémoire, Université Mohammed Boudiyaf, Algérie, 2017, p. 65.

**LAMADDEB** Badreddine, *Le traditionnel et Le Moderne en droit marocain de la famille*, Thèse, Université de Montpellier, 2012, p. 414.

**MAZOUZ** Asma, *La réception du code marocain de la famille de 2004 par le droit international privé français : le mariage et ses effets*, thèse, Université de Strasbourg, 2014, P. 501.

**MOUHAMADI** Meriam, **MOUQRAN** Aida, *Al basma al wiratiya w dawrouha fi itbat al-nasab* (l'ADN et son rôle dans l'établissement de la paternité), Mémoire, Université Abderrahmane Mira, Béjaïa, 2013, p. 76.

**ROBLEH** Youssouf Ali, *Le droit français confronté à la conception musulmane de la filiation*, Thèse, Grenoble, 2014, p. 410.

**TERME** Renaud, *La perception de l'islam par les élites françaises (1830-1914)*, Thèse, Université Bordeaux Montaigne, 2016, p. 590.

**TUGAULT-LAFLEUR** Jeanne, *Analyse comparative des conceptions de l'enfant et des institutions de l'adoption dans le monde arabo-musulman et en occident : une réconciliation est-elle possible*, Mémoire, Université de Montréal, 2011, p. 196.

Articles :

« Asma Lamrabet, Directrice du Centre des études féminines en Islam », *Jeune Afrique*, 02 avril 2015.

« Condition de la femme : Lalla Meryem suggère d'adresser un mémorandum au Roi Mohammed VI », *Media24*, 08 Mars 2018.

« En dix ans, la *Moudawana* a tout changé, mais les féministes veulent aller plus loin », *Le matin*, 08 février 2014.

« Filiation, l'expertise ADN, une hérésie pour les juges », *L'Economiste*, n°3522, 04/05/2011.

« Le mariage des mineures, ce fléau qui inquiète », *Le Matin*, 06 Mars 2020.

« L'entourage d'Amina El Filali se confie », *Le Soir Echos*, 30/03/2012.

« *Moudawana* : Opinion de la rue », *Telquel*, 2004.

**ABA HUSSAIN** Asm ben Mansour, « *Itbat al-nasab bi al-basma al-wiratiya ba'ad nafiih bi li'an* (prouver la paternité grâce à l'ADN après le recours au li'an) », *Majala al jamiya al-fiqhiya al-saudia*, p. 421-509.

**ABOU EZ** Eléonore, « Le mariage de filles mineures en hausse « de façon alarmante » au Maroc », *France info*, 27/03/2019.

**AL-AHMAD** Souhaile, « *Itbat al-nsab wa nafiyuh' : drassa moqarna' byna alfiqh al-islami wa qanun al-ahwal sakhssiya* (la filiation : étude comparative entre fiqh islamique et le statut personnel en Jordanie) », *Revue de Jamia t Al-Azhar*, Serie sciences humaines, Tome 15, n° 2, p. 439-478.

**AI AJAMI** Moreno, « La polygamie selon le Coran et en Islam », *Que dit vraiment le Coran*, 2018.

**AI AJAMI** Moreno, « L'héritage de la femme selon le Coran et en Islam », *Que dit vraiment le Coran*, 2018.

**ALLELY** Annie, « Les enfants handicapés, infirmes et malformés à Rome et dans l'Empire romain pendant l'Antiquité tardive », *Pallas. Revue d'études antiques*, n° 106, 2018, p. 197-211.

**AL-SABIL** Omar Ibn Muhammed, *Al-basma al wiratiya wa mada' machroiyyat' istikhdamih fi a' nasab wa al'jinaya* (l'AND et la légalité dans son usage dans la filiation et le pénal), université *Um AL-quraa*, p.10.

**AL SHAMRI** Hayder Hussain Kadim, « *Mada mashru'yat al-basma al-wiratiya wa hujyatuha fi nafii' al nasab* (la légitimité de l'ADN comme moyen de preuve dans le désaveu de la paternité) », *Ahl al-bayt*, Irak, n°19, p. 59-103.

**AMAHMOUN** Jawad, « L'établissement de la filiation paternelle au Maroc », *Village de la justice*, 2009.

**AOUIFI** Yusra, « *Al-dakhiliya ta'atarif bi al-wiladat kharij idar al jawaz* (le ministre de l'Intérieur reconnaît les naissances hors mariage) », *Assabah*, 19 octobre 2019.

**ASWAB** Mohamed, « Pourquoi la nouvelle *Moudawana* n'a pas réussi à faire régresser la polygamie ? », *Aujourd'hui le Maroc*, 2010.

**AZIZI** Souad, « La compensation matrimoniale dans le mariage traditionnel chleuh », *Awal (Cahiers d'études berbères)*, Ed. de la maison des sciences de l'homme, 2001, Le mariage en Afrique du Nord, p. 101-114.

**AZADI** Bahar, « S'approprier son genre entre pathologie et résistance. La transidentité après la Révolution islamique en Iran », *Les cahiers du CEDREF*, 2020, n°24, p. 221-241.

**BADRANE** Mohamed, « SM Mohammed VI : Je porte au Cœur une fierté toujours plus forte d'être Africain », *Aujourd'hui le Maroc*, 28 novembre 2016.

**BARON** Agathe, « Le couple en droit au Moyen âge : autour de l'affection maritalis et des relations patrimoniales », *Médiévales*, 2013, n°65, p. 93-107.

**BARRAUD** Émilie, « La filiation légitime à l'épreuve des mutations sociales au Maghreb », *Droit et Cultures*, 2010, n°59 ; p. 255-282.

**BARRAUD** Émilie, « Adoption et *Kafala* dans l'espace migratoire franco-maghrébin », *l'Année du Maghreb*, 2008, IV, p. 459-468.

**BEAUCHET** Ludovic, « Origines de la juridiction ecclésiastique et son développement en France jusqu'au XII<sup>e</sup> siècle », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, vol. 7, 1883, p. 387-477.

**BELHERKATE** Kamal, *La spécificité du régime successoral en droit marocain*, Ed. Électronique, p. 10 [consulté 20/01/2020].

**BELOUAS** Aziza, « Mariage des mineures : 82 % des 45 786 demandes formulées ont été autorisées entre 2007-2018 », *La Vie éco*, 7 Mars 2020.

**BELOUAS** Aziza, « Polygamie : le Code de la famille n'a rien changé », *La Vie éco*, 2017.

**BELOUAS** Aziza, « Révision de la *Moudawana* : Les associations féminines sur le qui-vive », *La Vie éco*, 15/03/2018.

**BELOUAS** Aziza, « *Kafala* : une réforme du cadre législatif de 2002 s'impose », *La Vie éco*, 27 février 2018.

**BENLARBI** Tarik, « Maroc : ces polygames qui nous gouvernent... », *Jeuneafrique*, 2015.

**BENDOUROU** Omar, « Les droits de l'homme dans la constitution marocaine de 2011 : débats autour de certains droits et libertés », *La Revue des droits de l'Homme*, n°5, Juin 2014.

**BERNARD-MAUGIRON** Nathalie, « Le processus de réforme du droit de la famille et ses limites », *Confluences Méditerranée*, 2010, n°75, p. 77-89.

**BEN QOWYA** Samia, « *atar al-basma al wiratiya fi al'li'an : drassa qanuniya fiqhiya* (l'impact de l'expertise ADN étude juridique et théologique) », *Majalat al-bohout fi al-huqoq wa al-ouloum a-siyasiya*, Tome 5, n° 01, 2019, p. 200-219.

**BENLARBI** Tarik, « Maroc : ces polygames qui nous gouvernent... », *JeuneAfrique*, 18 mai 2015.

**BAILLEUL** Adeline, « Mariage des mineurs : sur les traces de la caravane « Touda Khatoune » avec la Fondation ytto », *Huffpost Maroc*, 2015.

**BLANC** François Paul, « La présomption *Walad lil firash* et les tests ADN, la position du droit marocain », *La revue franco-Maghrébine de droit*, 2004, p. 243.

**BLANCHY** Sophie, « Famille et parenté dans l'archipel des Comores », *Journal des Africanistes*, 1992, 62-1, p. 7-53.

**BOUSHABA** Amine, « Enquête l'Economiste-Sunegria : Relations sexuelles hors mariage, les Marocains disent niet », *L'Economiste*, n°5691, 05/02/2020.

**BODINIER** Bernard, « Des juges-citoyens aux notables du consulat : Les juges de paix de l'Eure pendant la révolution », *Annales historiques de la Révolution française*, 360, avril-juin 2010, p. 103-132.

**BOUHASSOUN** Abd Rahman, « *Taqdim al-basma al-wiratiya fi itbat al'nasab aw nafih ala' al'li'an bayn al-hader wa al-zawj* (L'ADN comme preuve de paternité ou de désaveu face au li'an : entre prohibition et recours) », *Majalat Rwafed*, juin 2020, p. 266-284.

**BOTIVEAU** Bernard, « L'ambivalence du droit de la famille », *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Institut de recherches et d'études sur les mondes arabes et musulmans, 1993, p. 191-231.

**BURGUIERE** André, « L'État monarchique et la famille (XVIe-XVIIIe siècle) », *Annales. Histoire, sciences, sociales*, n°2, 2001, p. 313-335.

**BURGUIERE** André, « La famille comme enjeu politique (de la Révolution au Code civil) », *Droit et société*, n°14, p. 25-38.

**BUSKENS** Léon, **DUPRET BAUDOIN**, « L'invention du droit musulman : Genèse et diffusion du positivisme juridique dans le contexte normatif islamique », *L'Orient créé par l'Orient*, Karthala, 2012, p. 71-92.

**BUSKENS** Léon, « La polygamie au quotidien. Notes d'un observateur dans une maison pleine de femmes. », *Le Maroc au présent*, Centre Jacques-Berque, Casablanca, 2015, p. 393-403.

**BRULEY** Yves, « Mariage et famille sous Napoléon/ le droit entre religion et laïcité », *Napoleonice : La revue*, n°14, 2012/2, p. 111-126.

**BRUNEAU** Caroline, « Le Maroc choqué après le suicide d'une jeune fille violée », *Le Figaro*, 15 Mars 2012.

**BRAS** Jean-Philippe, « La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie : quelles avancées pour la démocratie ? », *Critique internationale*, 2007, n°37, p. 93-125.

**CHAMBOST** Pauline, « Mariage des mineures : la situation marocaine pire que celle de ses voisins », *Telquel*, 2015.

**CHEHATA** Chafik, « La survivance musulmane dans la codification du droit civil

égyptien », *Revue internationale de droit comparé*, n°4, 1965, p. 839-853.

**COLLINE** Paul, « Droit Babylonien, droit assyrien, droit hittite », *Journal des savants*, n°1, 1932 p. 68-81.

**CONTE** Édouard, « Affinités électives et parentés arabes », *Études Rurales*, 2001, n°157-158, p. 65-94.

**CONTE** Édouard, « Alliance et parenté élective en Arabie ancienne. Éléments d'une problématique », *L'homme*, 1987, n°102, p. 119-138.

**CRETOIS** Jules, « Maroc : « l'héritage des femmes », un livre pour relancer le débat sur l'égalité homme-femme en matière de succession », *Jeune Afrique*, 03 Mai 2017.

**DAÏF** Maria, « *Moudawana* : les adouls s'agitent », *Telquel*, n° 284, 2004.

**DAOUDI** Fatiha, « Droits fonciers des femmes au Maroc », *Etudes et Essais du CJB*, 2011, p. 11-35.

**DE BEL-AIR** François, « Mariage tardif et célibat au Moyen-Orient : quels enjeux ? », *Les Métamorphoses du mariage au Moyen-Orient*, Presses de l'Ifpo, 2008, p. 119-150.

**DE BELLEFONDS** Yvon Linant, « Immuabilité du droit musulman et réformes législatives en Égypte », *Revue internationale de droit comparé*, 1955, 7-1, p. 5-34.

**DEKEUWER-DEFOSSEZ** Françoise, « Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pace », *Pouvoir*, 2003/4, n°107, p. 37-53.

**DERMANGE** François, « L'État et la famille : les liaisons dangereuses », *Études Théologiques et Religieuses*, Tome 81, Avril 2006, p. 485-502.

**DEMARE-LAFONT** Sophie, « *Datu sa sarri*. La « loi du roi » dans la Babylonie achéménide et séleucide », *Droit et culture*, février 2006, p. 13-26.

**DE SAINT PERIER** Laurent, « Monde musulman : polygamie, la tradition qui se perd ? », *Jeune Afrique*, 23 septembre 2011.

**DUSQUESNE** Quentin, « Du juge seigneurial au juge de paix. Les détenteurs des fonctions judiciaires de proximité de la fin de l'Ancien Régime au Consulat : le cas de l'Isère », *Histoire, économie et société*, 29<sup>e</sup> année, 2010/2, p. 45-64.

**DOAUD** Amel, « Les adouls en quête de statut », *L'Economiste*, Ed n° 1737, 31 mars 2004.

**EL AYADI** Mohamed, « La femme dans le débat intellectuel au Maroc », *Prologues, revue maghrébine du livre*, Hors-série 3, p. 9-38.

**HADNI** Dounia, « Où en est le droit à l'avortement au Maroc », *Libération*, 1er Février 2020.

**EL HOURRI** Abdelali, « Dé-jeuneurs du Ramadan, ce que dit le Code pénal », *Medias24*, 04 juin 2016.

**EL HOURRI** Abdelali, « Affaire de l'enfant né hors mariage : la mère se pourvoit en

cassation », *Medias24*, octobre 2017.

**EL HOURRI** Abdelali, « Une tragédie silencieuse : les abandons d'enfant au Maroc », *Medias24*, septembre 2016.

**EL HOURRI** Abdelali, « L'enfant illégitime est étranger au père », l'étrange interprétation de la cour de Tanger, *Medias24*, 24 octobre 2017.

**EL HOURRI** Abdelali, « Reconnaissance d'enfant « illégitimes » : la cour de Cassation dit non », *Medias24*, 16 Avril 2021.

**EL KHAMLI** Yasmine, « Mères célibataires : pour Aicha Chenna, « il faut arrêter de se voiler la face ! », *Maroc Diplomatique*, 11 février 2020.

**EL TIBI** Zeina, « La place de la femme dans l'islam », *Société, Droit et Religion*, n°4, 2014, p. 59-64.

**EZ-ZAHOUD** Nisrine, « Un remède à l'adoption pour les pays musulmans : la *kafala*... mais que signifie cette notion », *Village de justice*, 2011.

**FAVIER** Yann, « La preuve de la filiation : le droit et la vérité des filiations », *Recherches familiales*, Union nationale des associations familiales (UNAF), 2010, p. 17-28.

**FERRAND** Céline, **LEROY** Katell, « L'adoption en droit international privé », *Revue Juridique de l'Ouest*, n°2, 2002, p. 193-230.

**FOBLETS** Marie-Claire, **LOUKILIV** Mohamed, « Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : Quelles implications pour les Marocains en Europe », Étude, *Revue Critique de droit international privé*, 2006, p. 531.

**FORTIER** Corinne, « Chapitre 9 : filiation versus inceste en islam : Parenté de lait, procréations médicalement assistées, adoption et reconnaissance de paternité. De la nécessaire conjonction du social et du biologique », *L'argument de la filiation*, Ed. de la Maison des sciences de l'homme, 2011, p. 225-248.

**FRENK** Carine, « Maroc : « Malgré la loi, il y a encore des filles qui épousent leur violeur », *RFI*, 04 Septembre 2018 [Consulté le 01/05/20].

**GAULMYN** Isabelle, « Les tribunaux ecclésiastiques », *La Croix*, Janvier 2010 [consulté le 15/01/2021].

**GELARD** Marie-Luce, « De la lance au pouvoir : Fonctionnement politique et social d'un groupe berbérophone au *Tafilat* (Maroc) », *Cahiers de recherche*, Centre Jacques Berque, 2005, p. 127-143 [consulté le 16/01/2021].

**GUESSOUS** Nouzha, « Ce qu'il faut changer dans la *moudawana* », *L'Economiste*, n°5469, 2019.

**GRIMALDI** Michel, « L'exportation du Code civil », *Pouvoir*, n°107, 2003/4, p. 80-96.

**GRUENAI** Marc-Eric, « La publication du débat sur l'avortement au Maroc, l'État marocain en action », *L'Année du Maghreb*, 17/2017, p. 219-234.

**HACHIM** Mouna, « Réforme de l'héritage en Islam : Quand le mieux se veut ennemi du bien », *L'Economiste*, n° 2685, 03/01/2008.

**HADNI** Dounia, « Où en est le droit à l'avortement au Maroc », *Libération*, 1 Février 2020.

**HAMDOUNE** Christine, « Gens, Gentes, Gentiles », *Encyclopédie berbère*, 1998, p. 3045-3052.

**HALPERIN** Jean-Louis, « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe », *Information sociale*, Caisse nationale d'allocation familiale (CNAF), n°129, 2006, p. 44-55.

**HILAIRE** Jean, « Une Frontière incertaine », *la vie du droit*, 1994, p. 105-183.

**HOFFMAN** Katherine, « Le droit coutumier amazigh au Maroc », *Perspectives*, n°9, 2013, p. 3-5.

**HUSSAYNI** Ahmed Abd al-Jayed, « *Mada machru'yat itbat al'nasab aw nafih bi al'basma al wiratiya fi al'fiqh al'islami* (La portée du test ADN dans l'établissement ou le désaveu de la paternité dans le *fiqh*) », *Magazine de la faculté théologique et juridique de Tanta*, n° 35, 2020, p. 10-121.

**IMBERT** Frédéric, « L'islam des pierres : l'expression de la foi dans les graffitis arabes des premiers siècles », *Revue des mondes musulmans et de la Méditerranée*, Juillet 2014.

**IRAQI** Fahd, « Maroc : pourquoi Ivanka Trump salue-t-elle la réforme sur l'héritage des terres *soulaliyates* ? », *Jeune Afrique*, 20 Août 2019.

**ISKANDER** John, « Devout Heretics : The Barghawata in Maghribi Historiograph », *The Journal of North African Studies*, p. 37-53.

**JUHEL** Christophe, « *L'apport de la France à l'émancipation de la femme kabyle algérienne en matière matrimoniale* », in **JUHEL** Christophe (dir.), *Regards croisés sur les droits de la femme en Méditerranée occidentale*, *Revue franco-maghrébine de droit*, n° 23, 2016, p. 123-156.

**KADIRI** Ghaliya, « Être mère célibataire au Maroc, un long calvaire », *Le Monde*, 16 Mars 2018.

**KANTROWICZ** Ernest, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix : Revue des sciences sociales du politique*, n°32, 1995, p. 5-22.

**KOUDJIL** Abderrahmane, « Polygamie au Maghreb : Controverses autour d'un droit en mouvement », *Confluences Méditerranée*, n°41, 2002, p. 77-88.

**KOZLOWSKI** Nina, « Au Maroc, la révolution des premières femmes *adouls* », *Jeune Afrique*, 11 août 2020.

- LAMRABET** Asma, « *Al-qiwamah* légitime-t-elle la domination masculine ? », *Economia*.
- LAMLILI** Nadia, « Maroc : Le deuxième âge de la *Moudawana* », *Jeune Afrique*, 17 mars 2016.
- LEDUC** Ariane, **RABY** Mélanie, **SCOTT** Valérie, « Le mariage polygame et le droit international privé québécois dans une perspective de droit comparé », *Revue québécoise de droit international*, 2008, p. 165-209.
- LETT** Didier, « Droit et pratiques de l'adoption au Moyen Âge », *Médiévales*, 35, 1998, p. 5-8.
- LE BOURSICOT** Marie-Christine, « Les enfants recueillis en *Kafala* par des ressortissants français », *Journal du Droit des jeunes*, n°260, 2006, p. 46-49.
- LUCCIONI** Josèphe, « L'élaboration du *dahir* berbère du 16 mai 1930 », *Revue de l'occident musulman et de la méditerranée*, n°1, 1984, p.75-81.
- LTAIEF** Wassila, « Convention internationale, Mariage mixte et Droit successoral en Afrique du Nord : « Cachez-moi cette différence que je ne saurais voir », *Revue internationale des sciences sociales*, n°184, Février 2005, p. 363-383.
- MAROT** Christelle, « Au Maroc, les mariages de mineures augmentent », *La Croix*, 19/12/2010.
- MARTY** Paul, « *L'orf des beni m'tir* », *la Revue d'Études Islamiques*, P. Geuthner, 1928, p. 482-509.
- MAURITS** Berger, « Secularizing interreligious law in Egypt », *Islamic law and society*, Vol. 12, 01 janvier 2005, p. 394-418.
- MAURY** Jacques, « Le Code civil français et son influence dans le bassin méditerranéen, l'orient et l'Extrême-Orient », *Revue internationale de droit comparé*, n°4, 1950, p. 771-780.
- MASMOUDI** Khadija, « Le Maroc, paradis de femmes... au foyer ! », *L'Economiste*, Édition n° :5243, 03 Avril 2018.
- MESSAOUDI** Karima, « Une moitié en héritage », *La Pensée*, n°383, 2015, p, 41-46.
- MIDECH** Jaouad, « Polygamie au Maroc : les hommes continuent de ruser pour avoir une deuxième femme », *LaVieeco*, 2012.
- MOULAY RCHID** Abderrazak, « La magistrature marocaine et l'évolution de la *Moudawwana* », *Prologues*, n°9, mai 1997, p. 44.
- MONJID** Mariam, « Le mariage du mineur en droit marocain », *Revue internationale de droit comparé*, Année 2015, 67-1, p. 211-212.
- MORET** Alexandre, « Histoire des institutions et du droit privé de l'ancienne Égypte », *Journal des savants*, 3, Mai- Juin 1935, p. 97-106.



- MSEFFER** Dounia, « Polygamie : le calvaire des coépouses », *Femme du Maroc*, 2016.
- MURGUE** Bérénice, « La *Moudawana* : Les dessous d'une réforme sans précédent », *Les Cahiers de l'Orient*, Centre d'étude et de recherches sur le Proche-Orient, n°102, 2011, p. 15-29.
- NACIRI** Rabéa, « La *Moudawana* et sa réforme : Le rôle de l'État », *Prologues*, hors-série, 3, 2002, p.39-53.
- NACIRI** Rabéa, « Le mouvement des Femmes au Maroc », *Nouvelles questions féministes*, février 2014, Vol.33, p. 46-64.
- NASRAOUI** Wided, « Islam : première fatwa d'Al-Azhar contre le mariage des mineures », *Jeune Afrique*, 22 juin, 2019.
- OUKACHA** Mustapha, « La protection juridique des non-musulmans au Maghreb : Une application limitée », *Histoire, Monde et culture religieuses*, n°28, 2013, p, 115-124.
- OLIVIER** Théa, « Amina El Krimi, marocaine, future notaire en droit islamique », *Libération*, 26 juin 2019.
- OLLIVIER-BEAUREGARD** Gratien Michel, « La justice et les tribunaux dans l'ancienne Egypte », *Bulletins et Mémoires de la société d'anthropologie de Paris*, IV° Série, Tome 1, 1890, pp. 716-735.
- UDGHIRI** Meriem, « Enfants abandonnés : les principales dispositions de la loi de 1993 », *L'Economiste*, 1995, n°194.
- PERRIN** Dominique, « Aïcha Ech-Chenna, celle qui a permis de légaliser l'avortement au Maroc », *Elle*, 2015.
- PRUVOST** Lucie, « Le mariage interreligieux au regard de l'islam », *Homme & Migrations*, 1993, 1167, p. 30-33.
- RÉMY** Philippe, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, n° 107, p. 22-36.
- RHIWI** Laïla, « La réforme du code marocain de la famille », *Revue Projet*, 2004, n°282, p. 32-37.
- RACHIK** Hassan, « Chapitre 7 : légitimation et sacralité royale », *L'esprit du terrain : Études anthropologiques au Maroc*, Centre Jacques-Berque, Rabat, 2016, p. 129-161.
- ROUSSEL** Pierre, « La famille athénienne », *Bulletin de l'association Guillaume Budé : Lettre d'Humanité*, n°9, 1950, p 5-59.
- ROUSSILLON** Alain, **ZRYOUIL** Fatima-Zahra, « À l'ombre de la *Moudawana* : statut et conditions des Marocaines », *Être une femme en Égypte, au Maroc et en Jordanie*, Centre Jacques Berque, Caire, 2006, p. 79-105.
- SAYN** Isabelle, « Protection sociale et familles étrangères musulmanes », *Revue Européenne*

*des Migrations internationales*, 1988, 4-1-2, p. 129-139.

**SECHTER-FUNK** Iris, « La maternité célibataire au Maroc, entre normes et pratiques », *Le Maroc au présent*, Centre Jacques-Berque, Casablanca, 2015, pp. 335-364.

**SKALLI** Khadija, « *Moudawana* : croisade contre l'article 16 », *Le360*, 2013.

**SILIO-GRANDI** Ida, « La figure de Caïn dans le Coran », *Revue de l'histoire des religions*, PUF, 1999, p. 31-85.

**SOLEIL** Sylvain, « Le Code civil de 1804 a-t-il été conçu comme un modèle juridique pour les nations ? », *Histoire de la justice*, n°19, 2009/1, p. 225-241.

**TEISSIER-ENSMINGER** Anne, « Les versifications du Code civil : Un paroxysme de nomophilie », *Revue de la recherche juridique*, 1989, p. 145-176.

**TERRASSE** Henri, « au cœur du monde berbère : les Seksawa au Grand Atlas marocain », *Annales, Économies, Société, Civilisation*, n°2, 1956, p. 248-256.

**TILLIER** Mathieu, « De la Mecque aux amsar : l'origine du cadî », *Les cadis d'Iraq et l'État abbasside (132/750-334/945)*, Presse de l'Ifpo, Damas, 2009, p. 63-96.

**TONOLO** Sara, « Religious Values and Conflict of Laws », *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 22 février 2016, p. 1-29.

**TOURABI** Abdellah, « institution commandeur des croyants », *Telquel*, Casablanca, 3 avril 2012.

**TOZY** Mohamed, « La difficile réforme des règles de l'héritage en islam », *Jeune Afrique*, 17 mai 2018.

**VALLET** Stéphanie, « Grossesses hors mariage au Maroc : les enfants de la honte », *La presse*, 2013.

**VERDIER** Marie, « Le débat sur l'héritage remue le Maroc », *La Croix*, 21 Septembre 2019.

**WUERTH** Oriana, « The reform of the *Moudawana*: the role of women's civil society organizations in changing the personal status code in Morocco », *Hawwa*, 2005, Vol.3, p. 309-332.

**YOUF** Dominique, « Seuils juridiques d'âge : du droit romain aux droits de l'enfant », *Sociétés et jeunesses en difficulté*, 2011.

**ZAIREG** Reda, « Héritage. Le débat manqué », *Telquel*, 02 Février 2014.

**ZERROUR** Laila, « Héritage / Une centaine d'intellectuels appelle à l'abrogation du *ta'sib* », *Aujourd'hui le Maroc*, 22 Mars 2018.

Autres (colloques, rapport, études...) :

Discours du 41e Anniversaire de la révolution du Roi et du peuple, 20 Août 1992.

Discours de S.M. le Roi Mohammed VI lors de l'ouverture de la 2e année législative de la 7e législature en date 10/10/2003.

Maroc : Une grande victoire pour les droits des femmes, Communiqué, Fédération internationale pour les droits humains.

Conseil national des droits de l'homme, *État de l'égalité et la parité au Maroc*, Rapport, 2015, p. 24.

**ACTION POSTIVE POUR LES DROITS DE CITOYENNE DES FEMMES ET L'EGALITE DES CHANCES AU MAGHREB**, *réforme de la Moudawana au Maroc*, Revue de presse, Centre de documentation IMED, Rome, 2004, p. 38.

**ASSOCIATION 100% MAMANS**, *Étude juridique 100 % Mamans*, Étude, p. 29.

**ASSOCIATION DEMOCRATIQUE DES FEMMES DU MAROC**, *Rapport des ONG relatif aux droits des femmes au Maroc*, Rapport, p. 10.

**ASSOCIATION MAROCAINE DE LUTTE CONTRE LA VIOLENCE A L'EGARD DES FEMMES**, *L'application du code de la famille : acquis et défis*, Étude, 2007.

**ASSOCIATION MAROCAINE DE LUTTE CONTRE LA VIOLENCE A L'EGARD DES FEMMES**, *La perception du code de la famille et de son environnement social et professionnel*, Etude, 2007.

**BAYET Jean**, « Paul-Frédéric Girard, La Loi des XII Tables (leçons faites à l'université de Londres, en mai 1913 », Compte-rendu, *Journal des Savants*, Octobre 1915, p. 475-477.

**BENTAHER Mustapha**, *L'organisation Judiciaire*, cours, 2011, p. 20.

**Centre d'étude et de recherches démographiques**, *Famille au Maroc : Les réseaux de solidarité familiale*, Étude, Maroc, 2011, p. 340.

**COUTURE André**, *Généalogie de Muhammad*, Faculté de théologie et de sciences religieuses, université de Laval.

**Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada : Maroc : situation générale des musulmans qui se sont convertis au christianisme, et plus particulièrement ceux qui se sont convertis au catholicisme ; leur traitement par les islamistes et les autorités, dont la protection de l'État (2008-2011)**, 10 novembre 2011.

**Canada : Immigration and Refugee Board of Canada, Maroc : légalité et possibilité de mariage entre un non musulman et une musulmane ; conséquences juridico-sociales d'un tel mariage, dont la peine de prison pour l'homme**, 28 octobre 2004

**EL KHATIR Aboukacem**, *Droit coutumier Amazigh face aux processus d'institution et d'imposition de la législation nationale au Maroc*, Rapport, p. 64.

**EL HAJJAMI** Aïcha, « Le processus de réforme du code de la famille et ses innovations, en particulier celles relatives à la parentalité et aux droits des enfants », *Compte rendu d'activités, les parentalités en Afrique du Nord*, Le carnet du Centre Jacques Berque, Mai 2016.

**ECH-CHENNA** Aïcha, « Mère célibataire, enfant sans nom », *colloque enfants sans état civil, femmes sans droits*, 2013, p. 3.

**EL MRAHI** Rajae, *La défense des enfants à l'intérieur et l'extérieur des frontières*, Rapport de la Cour suprême du Maroc.

**INSAF**, *Le Maroc des mères célibataires*, rapport, 2010, p. 335.

**Haut-commissariat au plan**, *Les indicateurs sociaux du Maroc*, Royaume du Maroc, Édition 2018, 310.

**Haut-commissariat au plan**, *La femme marocaine en chiffres : Evolution des caractéristiques démographiques et socioprofessionnelles*, Royaume du Maroc, Édition 2018, p.129.

**Haut-commissariat au plan**, *la femme marocaine en chiffres*, 2019, p. 129.

**La voix de la femme amazighe**, *Le mariage des filles mineures au Maroc : étude diagnostic du phénomène de mariage des filles mineures entre législation, jurisprudence et pratique : cas des filles de la province d'Azilal*, Étude, 2017, p. 84.

**MASANA** Maria Dolores, *La Moudawana, jeux d'ombre et de lumières*, Dialogues, *AFKAR*, 2004, p. 114-116.

**MATTAÏ** Jean-François, *Enfant d'ici, enfant d'ailleurs : l'adoption sans frontière*, Rapport, 1995, p. 301.

**Ministère de la justice et liberté**, *La justice familiale, réalité et perspectives : dix ans d'application, étude analytique et statistique : 2004-2013*, Maroc, Mai 2014, p. 144.

**MELLAKH** Kamal, « De la *Moudawwana* au nouveau Code de la famille au Maroc/ une réforme à l'épreuve de connaissances et perceptions « ordinaires », *Femme, famille et droit au Maghreb*, Dossier de recherche, p. 34-35.

**NACIRI** Rabéa, *État de l'égalité et de la parité au Maroc*, Rapport, CNDH, 2015, p. 83.

**NINAUVE** Maud, *Au nom du père : les enfants nés hors mariage, parias de la société marocaine*, Reportage, TV5Monde, 2018.

**PORTALIS** Jean Étienne Marie, *Procès-verbaux du Conseil d'État*, Imprimerie de la République, Paris, 1803, p. 827.

**PORTALIS** Jean Étienne Marie, *Discours préliminaire du projet de code civil*, 1801, p. 201.

*Réimpression de l'ancien moniteur*, Plon frère, Paris, 1847, Tome 17.

**RABINEAU** Yves, *Le régime de la kafala au Maroc et ses conséquences au regard du droit français*, Note, 2005.

**SAAD** Georges, *L'influence du code Napoléon de 1804 sur les systèmes juridiques arabes et musulmans*, Contribution prononcée lors du colloque de la faculté de droit de Grenoble.

**TAILLEFER** Joseph, **EICHLER** Jean-Paul, **LEROY** Marie-Christine et *Alii*, *Le nouveau code de la famille marocain : rapport établi par des magistrats français*, 2007, p. 24.

Ouvrage en langues étrangères :

**AL-ASQALANI** Ibn Hajar, *Al-Isaba fi tamyiz al-sahaba*, Département des manuscrits, France, p. 594.

**ALBOACEN**, *Al Ahkam al-sultaniyya* (les Statuts gouvernementaux), Dar al-Hadith, 2006, p. 376.

**AL-BOUKHARI** Mouhammad, *Le Sahih*.

**AL-CHADILI** Ibrahim Hussain Sayyid Qutb, *fi dilal al quran* (Dans l'ombre du Coran), Dar Al Charq, partie 5-6, Tome 2, 1972, p. 4748.

**AL-JAWZIYYA** Ibn Qayyim, *Zad ul-Ma'ad fi hadyi khayr il-'ibad*, Al-Resalah, 2009, p. 1120.

**IBN KHALLIKAN** Shams ad-Din Abu l'Abbas Ahmad ibn Muhammad ibn Ibrahim, *Wafayat al-a'yan wa-anba' abna az-zaman* (Obituaire des hommes illustres et histoires des contemporains), Dar Sad'r, Beyrouth, 1987, Tome 6, p. 440.

**ALRAHWAN** Muhammad Said Mitwali, *Wasa'il itbat wa nafi' al nasab fi al Chari'a al islamiya bi nadar ltatawourat al tibiya wa alnawazil alfiqhiya al'moassira lil muslimin al moqimin kharij' diya al islam* (Les moyens de preuve en matière de filiation dans la *chari'a* en vue du développement médical et les cas de jurisprudence islamique contemporaine, des musulmans vivant à l'étranger), *Jamiat al Azhar*, 2011, p. 43.

**AL-TIRMIDHI** Abu Isa Muammad Ibn Isa ibn Sawra Ibn Musa ibn al Dahhak al Sulami, *Jami'* (d'Al Tirmidhi).

**AMIN** Ahmed, *Duha l'islam*, Le Caire, 3e ed, 1952, p.438.

**AMMUDAH** Abd Al-Ati, *Familly structure in Islam*, American trust publications, 1977, p. 371.

**AT-TANUKHI** Sahnoun Ibn Said Ibn Habibi, *Al Moudawana Al Kubra* (la Grande *Moudawana*), Tome 6, p. 261 [consulté le 04/05/20].

**BEN ACHOUR** Mohamed Tahar, *Tafsir al Tahrir wa Tanwir* (Exégèse de la libération et de

l'illumination), Tome 4, p, 304.

**BEN `UMAR BEN KATHÎR** Imâd ad-Dîn Abû al-Fidâ' 'Ismâ`îl, *Tafsir du Coran*, Dar Ibn Hazem, p. 2061.

**BENAICH** Mohammed, *Ahkam al'Nasab Li-himayat al-ousra fi al'islam* (les règles de la filiation afin de protéger la famille en Islam), Dar Al-koutob Al-ilmiya, 2007, p. 134, 135.

**IBN ABD ALLAH AL-LAWATI AT-TANJI IBN BATUTA** Abu Abd Allah, *Al-Rihla*, Première Edition, Imprimerie Al khayria, Tome 2, 1904, p. 378.

**IBN AL-ASH'ATH IBN BASHIR AL-AZADI AL-SIJISTANI** Abu Dawud Sulayman, *Les Sunan* (d'Abu Da'ud).

**IBN AL HAJJAJ AL QUCHARI AN NISABURI** Abu al Husayn Muslim, *Le Sahih* (Muslim).

**IBN HAZM**, *Al Muhalla Kitab al mawarrit* (livre des successions), point n°1744, Tome 4.

**IBN MANZUR AL-ANSARI AL-KHAZRAJI AL-IFRIQI** Abul-Fadl ad-Din Muhammad, *Lisan al-arab* (langue des Arabes), imprimerie Almiriya, Tome 15, p. 435.

**IBN MAJAH** Muhammed ibn Yazid, *Les Sunan* (d'Ibn Majah).

**EL-FASSI** Allal, *Autocritique*, Al maktbaa al alamiya, 1e édition, 1956, p. 432.

**FOWLER** Henry Watson & **FOWLER** Francis George, *the concise Oxford Dictionnary : The Classique First Edition*, the Clarendon press, 1911, p. 1041.

**MERNISSI** Fatima, *Beyond the Veil: Male-Female Dynamics in Modern Muslim Society* (Revised Edition.) Bloomington, Indiana: Indiana University Press, 1987, p. 224.

**QADRI PASHA** Muhammed, *Al Ahkam al Chari'a fi al ahwal a chakhssiya*, Dar Al Kotob Al Ilmiyah, 2013, p. 269.

Textes religieux :

La Bible

**MASSON** Denise, *Saint Coran*, Gallimard.

Webographie :

<https://2m.ma>

<https://www.alquds.co.uk>

<https://www.amnesty.fr>

<https://alqabas.com>

<https://www.al-qaradawi.net>  
<https://www.aljazeera.net>  
Asma-lamrabet.com  
<http://www.atmf.org>  
<http://bououd.e-monsite.com>  
<https://www.cia.gov>  
<http://www.cicade.org>  
<http://www.cndp.fr>  
Cultures-et-chabada.blogspot.fr  
<https://www.lecourrierdelatlas.com>  
<https://www.elle.fr>  
<https://www.dictionnaire-juridique.com>  
<https://www.diae.events>  
<https://www.doc-du-juriste.com>  
<https://www.francetvinfo.fr>  
<https://femmesdumaroc.com>  
<https://hal.archives-ouvertes.fr>  
<http://jafbase.fr>  
<http://www.justice.gouv.fr>  
<https://journals.openedition.org>  
<http://laatelier.org>  
<https://ledroitcriminel.fr>  
<https://www.lepoint.fr>  
<https://www.lefigaro.fr>  
<https://ae.linkedin.com/>  
<https://www.larousse.fr>  
<https://www.la-croix.com>  
<https://www.lexico.com>  
<https://www.lexpress.fr>  
<https://orientxxi.info>  
<https://matricien.org>  
<https://mjp.univ-perp.fr/constit/tr1839.htm>  
<https://www.nouvelobs.com>  
<https://www.lemonde.fr>

<https://www.revuegeneraledudroit.eu>

<https://www.vie-publique.fr>

<https://www.village-justice.com>

<https://www.islamweb.net>



Table des matières
--------------------

Remerciements	3
Sommaire	4
Introduction	4
Partie 1. Une réforme visant à redéfinir les places de la femme et de l'enfant en droit de la famille marocain	4
Chapitre 1. La construction d'un droit moderne de la femme compatible avec la	4
Chapitre 2. La mise en œuvre des droits reconnus et à reconnaître à l'enfant	4
Partie 2. Une réforme supposant la recherche d'un large consensus sociétal	4
Chapitre 1. La nécessaire collaboration avec les institutions juridico-religieuses du pays	4
Chapitre 2. L'évidence de l'implication de la société civile marocaine	4
Conclusion générale	4
Introduction	5
Section 1. La persistance de l'inégalité successorale	61
□ La femme dans le cadre de la succession classique	67
□ La succession dans le cadre des mariages mixte	75
Section 2. La survie de la polygamie	79
Chapitre 2. La mise en œuvre des droits reconnus et à reconnaître à l'enfant	100
Section 1. Le mariage des mineures : entre vide juridique et protection sociale	100
□ L'impact de la réforme de 2004	106
Section 2. Les difficultés inhérentes à la filiation de l'enfant	120

□ Mariage	132
□ Le cas de l'erreur ou Choubha	139
□ La kafala au Maroc	149
□ La kafala à l'international	160
Partie 2. Une réforme supposant la recherche d'un large consensus sociétal	169
Chapitre 1. La nécessaire collaboration avec les institutions juridico-religieuses du pays	171
Section 1. Amir Al Mouminine, acteur principal de l'ijtihad	171
□ Les droits de la femme	180
□ La filiation	189
Section 2. Le rôle de faqih joué par le juge dans l'ijtihad	197
Chapitre 2. L'évidence de l'implication de la société civile marocaine	228
Section 1. Le rôle des associatifs et intellectuels dans la mise en œuvre du droit	229
□ Dans la vulgarisation du code de la famille	230
□ Dans la réforme du code de la famille	233
□ L'influence des Intellectuels	244
Section 2. La société et le train de l'évolution	253
□ Le mariage civil	266
Conclusion générale	279
Annexes	284
Glossaire	340
Sources	343

## Résumé

A la suite de son indépendance, le Maroc a entamé sa modernisation juridique en adoptant une série de codes et de lois. L'un de ces textes fut le code de statut personnel, la Moudawana de 1958. Perçu comme une révolution législative, ce code s'avéra être un échec sur le plan social. L'évolution sociale et la libéralisation de la parole dans le Maroc des années 1980 ont donné lieu à des revendications socio-économiques, englobant notamment le droit de la femme et la reconnaissance de son rôle au sein de la famille. Malgré les efforts du législateur, la réforme n'a pas eu les effets escomptés.

Il faut attendre 2004, pour que le Maroc se dote à nouveau d'un nouveau droit de la famille et d'un Code de la famille. Ces nouvelles dispositions, perçues comme un vrai pas en avant, furent rapidement insuffisantes. C'est dans ce but que les acteurs du droit au Maroc essaient de travailler aujourd'hui dans un seul but : donner au Maroc un nouveau droit de la famille, respectueux des droits fondamentaux que le pays s'est engagé à protéger, en même temps que son référentiel religieux, qui fait partie de l'identité marocaine.

## Abstract

*Following its independence, Morocco began its modernization by adopting a series of codes and laws. A notorious text was the 1958' Moroccan "Moudawana". Seen as a legislative revolution, this code ended up being a social failure. Social change and the dawn of a new liberated form of free speech in Morocco in the 1980s gave rise to socio-economic demands, notably the rights of women and the recognition of their role within the family. Despite the efforts of the legislators, the reform did not have the desired effects.*

*It was not until 2004 that Morocco once again made a new enhanced family law and a family Code. These new arrangements, believed to be a real step forward, were quickly deemed insufficient once again. It is for that end that the legal actors in Morocco are deploying their earnest efforts with a single goal in mind : To give Morocco a new family law, a family law that respects the fundamental rights that the country has always been devoted to protect, along with its religious frame of reference, which is part of the Moroccan identity.*