



N° SAU/106 - 23 décembre 1971

## L'EVOLUTION DU STATUT PERSONNEL EN AFRIQUE DU NORD DEPUIS L'INDEPENDANCE

**M. Borrmans**

*Nous reproduisons ici avec l'aimable autorisation de la Direction de la revue, un article de Maurice Borrmans paru dans MAGHREB (revue de la fondation des Sciences politiques et de la direction de la documentation), n° 43, janvier-février 1971 (pp. 29-43) avec une "bibliographie essentielle" que nous avons préféré ne pas reproduire ici afin de ne point alourdir outre mesure le présent document. On pourra utilement la consulter dans la dite revue. N. D. L. R.*

Juges et juristes se trouvent partagés au Maghreb en deux tendances Si le statut personnel est encore relativement confessionnel au Maroc, il devient "national" en Tunisie et en Algérie, où, conservant de puissants liens avec le droit musulman classique, il prend d'autant plus de liberté à son égard qu'il doit jouer le rôle d'une "force sociale" dans l'évolution familiale en cours... Chacun (des trois pays du Maghreb) exprime là plus encore qu'ailleurs sa personnalité nationale. Entre le Maroc qui tend à préserver la sienne dans le cadre d'une tradition arabo-islamique fermement maintenue et la Tunisie qui veut s'en façonner une nouvelle, arabe et moderne à la fois, l'Algérie est à la recherche de la sienne. "

Ces lignes tirées de la conclusion de l'étude qu'on lira ci-dessous résument l'un des principaux enseignements de celle-ci : si les trois pays du Maghreb se sont préoccupés dès leur accès à l'indépendance de leur régime de statut personnel et familial, chacun d'eux l'a fait avec un esprit propre et les résultats atteints à ce jour sont, d'un pays à l'autre, assez largement différents.

Tous trois partaient en la matière de situations qui n'étaient pas identiques, mais qui présentaient cependant une ressemblance essentielle, provenant des principes mêmes du droit musulman dans ce domaine : le statut personnel, englobant tout le droit du mariage, de la filiation et des successions, ainsi que celui des donations et du testament (en y ajoutant parfois celui des biens de mainmorte, habous ou waqfs), était lié en principe à l'appartenance religieuse des individus. Le musulman était soumis aux dispositions de la loi islamique (chari'a) selon les spécifications qu'y avaient apportées la tradition de l'une des quatre écoles classiques (malékite, hanafite, chaf'ite, hanbalite) ; le juif à celles de la loi mosaïque (1) ; quant aux non-musulmans et aux non-juifs, c'est-à-dire essentiellement des Européens, en immense majorité français, installés au Maghreb, ils se voient appliquer par des tribunaux propres des règles du Code civil du pays dont ils étaient ressortissants. Cette "situation confessionnelle" n'avait pas été modifiée, sauf en Algérie, par l'administration coloniale. Le droit familial était demeuré d'autant plus intangible qu'il représentait pour les masses comme pour les élites musulmanes une des formes privilégiées de la personnalité nationale. Il est aujourd'hui en voie de transformation sous l'influence de forces et de besoins qui sont largement communs aux trois pays, soucieux tous trois de maintenir la cohésion familiale de promouvoir la

femme et de protéger l'enfant dans le cadre d'un droit qui, en demeurant fidèle à l'esprit de la loi islamique, deviendrait pour l'essentiel leur droit national.

## **Le Code du Statut Personnel au Maroc : Mudawwana**

Un des premiers actes du Maroc indépendant fut de supprimer le "régime coutumier" qu'avait confirmé dans certaines régions le dahir berbère du 16 mai 1930 ; ce dahir qui, au temps de sa promulgation, avait déjà suscité tant de critiques, fut abrogé le 25 août 1956. Un an plus tard, le 19 août 1957, une commission était créée par le roi Mohammed V pour examiner et éventuellement réviser le Code du statut personnel établi par le ministère de la Justice. Allal El-Fâsi fut le rapporteur de cette commission. Les Livres I et II (le mariage et la dissolution du mariage) et le Livre III (la filiation) furent promulguées respectivement le 22 novembre 1957 et le 18 décembre 1957. Ils entrèrent en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1958. Les Livres IV (la capacité et la représentation légale), V (le testament) et VI (la succession), promulguées les 25 janvier, 20 février et 3 mars 1957, entrèrent aussitôt en vigueur.

Le Maroc, dispose donc, depuis cette dernière date, d'une codification (d'où le nom de Mudawwana) du Droit musulman en son interprétation malékite. Détaillée et précise (elle ne comporte pas moins de 297 articles), elle se réfère constamment à la Loi musulmane selon "l'opinion prévalente ou dominante, ou la jurisprudence constante, dans l'école de l'Iman Mâlik" (art. 82, 172, 216 et 297) et ne s'applique, intégralement du moins, qu'aux Marocains musulmans. Les juifs marocains se sont vu confirmer leur "statut personnel hébraïque" et leurs tribunaux rabbiniques par le Code de la nationalité marocaine (6 septembre 1958). Ce même code reconnaît l'existence de Marocains "ni musulmans ni israélites" qu'il déclare régis par le Code du statut personnel musulman, sauf sur trois points : "la polygamie leur est interdite, les règles régissant l'allaitement ne leur sont pas applicables, leur divorce doit être prononcé judiciairement après une tentative de conciliation demeurée infructueuse et une enquête sur les motifs de la demande de séparation" (art. 3). La Mudawwana constitue donc pour l'essentiel de ses dispositions, le Code de tous les Marocains à l'exception des Israélites.

### *Le Contenu de la Mudawwana.*

#### **Le mariage**

Le Code marocain du statut personnel introduit le livre du mariage par une définition de celui-ci (art. 1er), juridique et morale à la fois, qui procède de la conception classique que l'Islam se fait de cette institution. Fidèle au Droit musulman, il n'attribue aux fiançailles que la valeur d'une simple promesse et exige des futurs conjoints qu'ils soient "sains d'esprit et exempts de tous empêchements légaux" (1). Mais il innove en disposant que ceux-ci doivent être pubères et en fixant la présomption de puberté à 18 ans révolus pour l'homme et à 15 ans révolus pour la femme (art. 8), une dispense d'âge ne pouvant être obtenue que par le jeune homme. Il innove encore en demandant l'accord du tuteur au mariage de son pupille, tant que celui-ci n'a pas atteint la majorité légale (21 ans).

Le mariage reste cependant un contrat privé dont la validité est subordonnée à la "présence de deux témoins honorables qui entendent simultanément, en une même séance, l'offre et l'acceptation formulées par les deux futurs conjoints", le consentement de la femme étant toujours et obligatoirement, exprimé par un mandataire masculin, le "tuteur matrimonial". Si le droit de "contrainte matrimoniale" (jabr) du père ou de toute autre agnat sur la jeune femme est en principe supprimé, ce droit est cependant reconnu au juge dans certains cas intéressant la moralité publique. Fidèle à la tradition malékite, la Mudawwana fait toujours de la dot une condition nécessaire à la validité du contrat matrimonial : propriété exclusive de la femme elle lui est acquise pour moitié dès la conclusion du mariage et pour l'autre moitié dès la consommation de celui-ci.

Le Code marocain est également fidèle à la tradition en matière d'empêchements. Parenté, alliance, allaitement, serment d'anathème (li'ân) et "rapports du contractant avec une femme en retraite de continence (idda) "constituent les empêchements perpétuels. Les empêchements temporaires restent ceux du droit classique : triple répudiation, absence d'état libre, retraite de continence, parenté ou alliance collatérale entre coépouses..., y compris l'interdiction faite à la musulmane d'épouser un non-musulman. La "permission polygamique" est également maintenue, mais le Code rappelle qu'on ne peut en user que si l'on est sûr d'y pratiquer l'équité ; il rappelle donc les "limitations classiques", sans pour autant supprimer la "permission" elle-même : "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 l'annulation du mariage, au cas où cet engagement serait violé par le mari" (Art. 31), et si (elle ne s'est pas réservée ce droit d'option), elle peut saisir le juge pour qu'il apprécie le préjudice qui lui est causé (par l'adjonction d'une autre épouse) (art. 30, 2<sup>e</sup>) ; quant à la deuxième épouse, son "acte de mariage ne sera dressé qu'après qu'elle aura été informée du fait que son prétendant est déjà marié avec une autre épouse" (art. 30, 2<sup>e</sup>). De la sorte, la Marocaine n'est pas dépourvue de moyens de droit pour s'assurer un mariage monogamique.

La Mudawwana est encore fidèle à la doctrine malékite quand elle traite des droits et des devoirs réciproques des époux : cohabitation légale, bons rapports, respect et affection mutuels, droits de succession, droits de la famille, nasab (filiation vis-à-vis du père) des enfants et création d'une parenté par alliance. Le mari doit à l'épouse un entretien (nafaqa) largement envisagé et la femme doit à son époux "la préservation de sa personne", l'allaitement de ses enfants et le respect de ses beaux-parents". Le Code innove cependant en exigeant un acte écrit du mariage, au contenu bien déterminé, rédigé par les deux témoins honorables, dont "consignation est faite sur le registre tenu à cet effet auprès du tribunal et expédition adressée aux services de l'état civil" (art. 43). Telles sont les formes prévues pour le mariage musulman marocain. Les modalités de sa preuve en découlent tout naturellement, mais "à titre exceptionnel, le juge peut connaître de toute contestation entre époux découlant d'un mariage célébré en dehors des formes prévues et admettre à cet effet tous les moyens de preuve légale" (art. 5, 3<sup>e</sup>).

### **La dissolution du mariage.**

Le Code marocain maintient toutes les formes reconnues par le droit classique en matière de répudiation et de divorce. Le pouvoir que l'Islam a toujours reconnu au mari de rompre unilatéralement le contrat de mariage en renvoyant son épouse sans avoir à fournir les motifs de son acte demeure au Maroc une prérogative que le Code définit désormais ainsi : "La répudiation est la dissolution des liens du mariage prononcée par l'époux, son délégué ou toute autre personne mandatée. à cet effet ; ou par l'épouse, si la faculté lui en a été donnée ; ou par le juge" (art. 44). Les seules modifications apportées par la Mudawwana en ce domaine tendent simplement à réduire les facilités accumulées au cours des siècles et à ramener toute répudiation à son archétype sunnite régulier. C'est pourquoi le Code précise que la volonté du mari répudiateur doit être saine et libre (art. 49), que la formulation de la répudiation doit être sans équivoque (art. 46), que toute répudiation, même "assortie d'un nombre..., ne vaut que comme une répudiation simple" (art. 51) et que toute répudiation "subordonnée à l'accomplissement ou non (par la femme) d'un acte déterminé" (art. 52) est interdite. En outre, "si la répudiation intervient alors que la femme est en période menstruelle, le juge contraint l'époux à révoquer (la répudiation)" (art. 47). S'il y a quelque innovation en la matière, c'est lorsque la Mudawwana rend "obligatoire" le "don de consolation" (mut'a) que le Coran "recommandait" de faire en faveur de l'épouse répudiée, et lorsqu'elle impose une certaine publicité de cette forme de rupture du mariage, en exigeant que la répudiation soit "enregistrée" auprès de deux témoins honorables commis à cet effet" (art. 48).

Quant au divorce judiciaire, la Mudawwana n'a fait que codifier les dispositions classiques du Droit malékite qui prévoit l'intervention du juge sur requête, du mari ou de la femme dans les cas d'impuissance ou de malformation de l'autre conjoint (vices rédhibitoires, art. 54), ou sur requête de la femme dans le cas où le mari ne lui assure pas l'entretien auquel elle a droit (art. 53), prolonge son absence au point d'être considéré comme disparu (art. 57), lui inflige quelques préjudices physiques ou moraux (art. 56) ou prononce contre elle le serment coranique de continence (îla) ou de délaissement (hijr) (art. 58). Dans le cas d'un divorce pour préjudice ou dissentiment, le prononcé de la rupture n'intervient d'ailleurs qu'après l'échec d'une tentative de conciliation que le Code organise selon l'esprit même du Coran qui la prévoyait déjà. Toujours fidèle au Droit musulman, la Mudawwana reconnaît la possibilité d'une "répudiation convenue" (khul') en stipulant que "les époux peuvent convenir entre eux de la répudiation par compensation" (art. 61), c'est-à-dire par rachat, de la part de la femme, de sa liberté, et elle classe enfin toutes ces diverses répudiations en révocables et irrévocables, ces dernières se répartissent encore en deux groupes selon que leur irrévocabilité est "mineure" ou "majeure", distinctions qui ont leur importance dans la perspective de l'empêchement temporaire de triple répudiation. C'est encore en pleine conformité avec le Coran et la tradition malékite que le Code précise quels sont les effets de ces répudiations quelle est la durée de la retraite de continence que la femme observe alors ("trois périodes de pureté") et quelle est la durée maximale de la grossesse de celle-ci, quand elle est enceinte ("une année", sans plus). Les formalités administratives imposées pour les diverses formes de répudiation n'ont qu'une valeur réglementaire et leur omission n'invalide pas l'acte lui-même.

## **La naissance et ses effets.**

Ce livre se borne à codifier toutes les dispositions du Droit classique "la filiation" paternelle-légitime-conjugale" ou nasab est celle par laquelle l'enfant accède au lignage de son père et "suit la religion" de ce dernier" (art. 96). Rappelant que "l'adoption ordinaire n'a aucune valeur juridique" (art. 83, 3è) et que "la filiation non légitime n'a aucune valeur vis-à-vis du père et ne produit aucun effet" (art. 83, 2è), alors qu'elle entraîne vis-à-vis de la mère les mêmes effets que la filiation légitime, la Mudawwana organise la "reconnaissance de parenté" (istilhâq) telle que l'a toujours permise le Droit classique : l'enfant qui en est l'objet a la qualité de légitime sans qu'intervienne la condition de la mère. Il ne s'agit jamais d'une légitimation au sens français du terme, mais de l'accès au nasab d'un enfant de filiation inconnue.

L'enfant a le droit d'être gardé par sa mère (hadana), en cas de rupture du lien qui unit ses parents, sans que les pouvoirs du tuteur légal ou testamentaire, que son père ou toute autre personne exerce à son endroit, s'en trouvent diminués. Destinée "à préserver l'enfant de ce qui pourrait lui être préjudiciable, à l'élever et à veiller à ses intérêts", la garde est dévolue à la mère ou à d'autres parentes maternelles de l'enfant, selon une hiérarchie et des conditions que le Code n'a fait que reprendre au Droit classique, le père en étant cependant exclu. Fidèle à la tradition malékite, la Mudawwana fait durer la garde du garçon jusqu'à sa puberté et celle de la fille jusqu'à la consommation de son premier mariage (art. 102). Quant à l'entretien dû par le père à ses enfants, il continue "pour la fille, jusqu'à ce que (cet) entretien incombe à son mari et, pour le garçon, jusqu'à ce qu'il devienne pubère, sensé et capable de gagner sa vie" (art. 126, 2è) ou jusqu'à la fin de ses études ou l'âge de 21 ans", s'il est étudiant (art. 126, 3è).

## **La capacité et la représentation légale.**

Le Code marocain reprend à son compte les incapacités classiques qui découlent de la minorité et de l'interdiction pour démence ou prodigalité. L'innovation y consiste en la fixation de "l'âge de la majorité légale à 21 années solaires révolues"(art. 137), les étapes malékites de la minorité demeurant toutefois respectées : discernement à 12 ans révolus, possibilité d'émancipation partielle et "probatoire" à partir de 15 ans ou d'émancipation totale et parfaite à l'âge de 18 ans. Si la tutelle légale du père et la tutelle testamentaire de la personne par lui désignée sont organisées selon les dispositions classiques, une tutelle dative est créée, qui retire au juge le pouvoir traditionnel qu'il avait d'exercer la tutelle alors que, par ailleurs, on lui reconnaît désormais une fonction générale de contrôle des tutelles.

## **Le testament et la succession.**

Le Livre ne présente guère d'innovation par rapport au Droit malékite et reprend même l'institution du tanzîl (institution ou substitution d'héritier) laquelle permet, entre autres, d'assurer le droit de représentation des petits-enfants d'un fils prédécédé. Quant au livre de la Succession, il représente, dans la Mudawwana, comme dans les autres Codes musulmans de statut personnel, la partie la plus immuable puisque le Droit classique a fixé les détails du Droit successoral avec une rare minutie. Particulièrement protégés contre l'arbitraire du "de cuius" dont les legs ne peuvent jamais dépasser le tiers de ses biens, les héritiers se voient appelés à prendre leur part, à condition qu'ils soient de même religion que le défunt, en fonction d'une hiérarchie fixée ne variantur. Les héritiers à part obligatoire (c'est-à-dire fixée par le Coran) interviennent en premier lieu, puis, s'il reste quelque bien, les agnats sont invités à le partager entre eux selon un classement "familial" rigoureux et en respectant le principe coranique qui assure à tout mâle le double de la part revenant à une femme de même rang et de même degré de parenté. La seule innovation de la Mudawwana, en ce domaine, est d'avoir adopté le "testament obligatoire" pour pallier l'absence de représentation successorale, quand aucune substitution d'héritier n'a été prévue par le "de cuius".

Comme le montre assez cette rapide analyse, "le Code du statut personnel marocain a su concilier avec beaucoup d'habileté les impératifs de la vie contemporaine et une louable fidélité aux principes du droit musulman classique tels que les enseigne l'école malékite" (3). Si son texte définitif est plus précis que celui du projet ministériel initial et, parfois, plus "coranisant" que celui-ci, on le doit aux travaux de la Commission et aux interventions "réformistes" de son rapporteur, Allal El-Fâssi. La Mudawwana a le mérite d'être une longue codification simplifiée et détaillée à la fois du Droit musulman malékite, mais, "on a tôt fait de dresser l'inventaire des modifications et des innovations marquantes introduites par (ses) auteurs : apparition d'une tutelle dative au lieu et place de la tutelle légale du cadi (consécration d'une pratique solidement ancrée dans les habitudes judiciaires) ; renforcement du contrôle judiciaire des tutelles testamentaires et datives, accompagné de la création

d'une surveillance administrative ; suppression du droit de contrainte matrimoniale ; prohibition du mariage des impubères ; abolition de la répudiation innovée "par trois" ; abandon de la célèbre théorie de "l'enfant endormi" ; organisation d'ailleurs implicite, d'une représentation successorale" (4). Si l'on y ajoute les restrictions classiques qui tendent à freiner le recours trop facile à la "permission polygamique" et le rappel des exigences sunnites concernant la "répudiation régulière", on aura fait le tour des innovations du Code marocain du statut personnel, qui ne prend en considération que la famille légitime. Celle-ci "fondée sur les liens du sang exclusivement, reste un bastion inexpugnable. Au surplus, en son sein, la prépondérance appartient toujours aux hommes. Les agnats constituent, dans le droit tout autant que dans les mœurs, les parents par excellence. Tout comme à l'aube de l'Islam, la femme y joue un rôle effacé, inférieur à tout le moins à celui de son époux, de son père ou de son frère... Tout bien considéré, deux tendances nouvelles seulement se dessinent. D'une part on assiste à une tentative de stabilisation relative de la famille conjugale, par élimination des répudiations irrémédiables. D'autre part, on voit les idées libérales et individualistes s'insinuer dans les rapports des parents avec leurs enfants ; le chef de famille ne dispose plus de prépotence, il ne peut, désormais, imposer à ses enfants des unions que ceux-ci réprouvent" (5).

### **L'application de la Mudawwana.**

Il est assez difficile de donner une idée précise de l'application réelle de la Mudawwana. La "*revue marocaine de Droit*", qui parut en langue française de 1948 à 1965, et la "*Majallat al-qadâ wa-l-qânûn*" (Revue de la magistrature et de la loi), qui paraît en langue arabe depuis 1957, fournissent peu d'éléments (articles, jugements, ou arrêts) concernant le statut personnel proprement dit. Depuis septembre 1958, on l'a dit, la Mudawwana a été déclarée applicable par le Code de la nationalité aux Marocains "ni musulmans ni israélites" sauf sur trois points. Un dahir du 24 avril 1959 a donné compétence aux juridictions religieuses charaïques pour toutes les contestations relatives au statut personnel et aux successions des étrangers musulmans établis dans le Royaume. Cette singulière extension de la compétence du *cadi* joue à l'égard de tout étranger de confession musulmane même si, en vertu de sa loi nationale, il relève dans son pays de lois positives non musulmanes ; certains arrêts témoignent de la ferme volonté du législateur marocain en ce domaine. Il en est de même du mariage des Marocaines avec les étrangers : le dahir du 4 mars 1960 a rappelé que les officiers de l'état civil ne pourraient célébrer de tels mariages que "dans la mesure où ils ne sont pas interdits par le statut personnel du conjoint marocain", statut qui, on le sait, déclare nul le mariage d'une musulmane avec un non-musulman.

A travers les rares jugements et arrêts publiés et les circulaires administratives, une certaine jurisprudence semble se faire jour. Elle admet la validité des mariages conclus en dehors des formes précises prévues par la Mudawwana, selon une coutume rurale dont le caractère exceptionnel ne saurait être rattaché à une période déterminée. Il en est de même du certificat administratif garantissant l'identité et l'âge de la future épouse : dans les campagnes, il peut être établi sur témoignage de parents sans comparution de la future épouse devant l'autorité compétente ; là où l'état civil demeure déficient ou embryonnaire, la Mudawwana est bien obligée de transiger quant à ces exigences concernant l'âge et l'état des conjoints. En matière de divorce, on paraît tenir la main à l'application des procédures prévues et notamment des séances de conciliation. Un dahir du 3 octobre 1959 traite de l'abandon du domicile et de foyer, par le mari, et du refus de réintégration du domicile conjugal par l'épouse, mais l'application de la loi se heurte cependant à des difficultés de fait sans nombre. Il a fallu reconnaître aux témoins honorables ou aux notaires le droit de dresser l'acte de répudiation, sans l'autorisation préalable du *cadi*, dans les "cas urgents". Quant à la filiation légitime, la jurisprudence affirme constamment qu'elle ne peut exister que dans le cadre du mariage ou des "rapports par erreur" (*chubba*). Elle garantit de plus en plus les intérêts de l'enfant, quand il est bénéficiaire de la "garde". Le montant de l'entretien dû aux enfants en cas de séparation des parents doit au moins être égal à celui des allocations familiales que le père perçoit pour eux ; de même, en cas de répudiation convenue, les juges ne sauraient admettre que la divorcée s'engage, à la légère, à assurer elle-même l'entretien de ses enfants. Enfin, à propos de la succession, le dahir du 29 octobre 1962 a précisé que "lorsque l'État a des droits successoraux en sa qualité d'héritier agnat (*bi-l-ta'sib*), il renonce à la part d'héritage correspondant à celle du *Bayt al-mâl* au profit des héritiers "à part obligatoire", s'ils existent. Cette part est répartie entre les héritiers au prorata de la part réservée à chacun" (art. 1<sup>er</sup>).

Tout cela explique assez que l'on ait parlé récemment d'une "révision de la Mudawwana". En 1961, déjà, les présidents de tribunal, réunis à Rabat, avaient exprimé le souhait d'une "unification du Code de statut personnel pour tous les Marocains, qu'ils soient musulmans ou juifs, sauf en ce qui concerne l'héritage". A la suite de la publication de la loi du 26 janvier 1965 qui prévoyait l'unification des tribunaux, la marocanisation de la magistrature et l'arabisation de la langue des Codes et des tribunaux, une commission de révision de la Mudawwana fut créée. Lors de sa séance inaugurale, le

28 juillet 1965, le ministre de la Justice précisa quels étaient les articles du Code de statut personnel qui, à l'usage s'étaient montrés les plus défectueux et réclamait donc quelques modifications : en bref, il s'agit des fiançailles (art. 2), de la tutelle matrimoniale (art. 12), de l'empêchement d'allaitement (art. 28), des actes administratifs précédant le mariage (art. 41, 42 et 43), de la "maison réservée aux personnes en instance de divorce" (dâr al-thiqa) (art. 59), de l'institution d'héritier (art. 83), de l'obligation d'entretien (art. 121, 122, 123 et 130) et du testament obligatoire (art. 266 à 269). Le ministre ajoutait, d'ailleurs : "Je suis sûr que toute réforme à poursuivre exige qu'elle corresponde à nos coutumes et à nos traditions islamiques, comme aussi au caractère spécifique de la réalité, marocaine". On ignore jusqu'à ce jour quels ont été les résultats des travaux de cette Commission. Aussi certains parleraient-ils volontiers d'un "statu quo" juridique au Maroc. S'il existe, il est difficile d'en mesurer la portée exacte ; seule, l'évolution de la société et des mentalités permettra, sans doute, au Maroc d'aller plus loin dans sa modernisation du statut personnel musulman. Pour l'heure, la Mudawwana y apparaît comme l'expression renouvelée, mais fidèle, de toute la tradition juridique malékite dans l'explicitation de la vision musulmane du statut de la famille et, singulièrement, de la femme et de l'enfant.

## **Le Code du statut personnel en Tunisie : Majalla**

Les difficiles problèmes du droit familial et de l'émancipation féminine ont été abordés en Tunisie bien avant l'indépendance. En 1930, déjà la querelle nouée autour des thèses "libérales" de Tahar al-Haddâd avait attiré l'attention de l'opinion publique sur la nécessité et l'urgence d'un renouvellement des mentalités ainsi que du droit lui-même. Un décret beylical, en 1941, avait en vain tenté de fixer un maximum à la dot et au trousseau. Plus tard, en 1947, le ministre de la Justice, 'Abd al-'Aziz Ja'ît avait commencé, avec le concours d'une commission, à l'élaboration d'un projet de codification du statut personnel. Ce projet n'aboutit pas, mais un Code de procédure charaïque, promulgué en 1948, avait judicieusement fait leur part aux dispositions hanafites et malékites en ce qui concerne les divers chapitres du statut personnel musulman tunisien. En mars 1956, les Tunisiens musulmans se trouvaient soumis à ce Code alors que les Tunisiens israélites étaient régis, par la loi mosaïque, qui leur était appliquée par des tribunaux rabbiniques.

Un des premiers actes de la Tunisie indépendante fut de promulguer un Code du statut personnel résolument réformiste (Majalla), le 13 août 1956, date qui, par la suite sera célébrée sous le nom de "Fête de la Femme". Entre temps, un décret du 12 juillet 1956 avait fixé temporairement, le statut personnel des Tunisiens non-musulmans et non-israélites : ils étaient soumis au Code civil français, mais ils purent, après le 13 août, opter pour le nouveau Code tunisien. C'est le 27 septembre 1957 qu'une loi supprima le tribunal rabbinique et abrogea, les dispositions transitoires de juillet 1956. A partir du 1<sup>er</sup> octobre 1957, la Majalla qui, lors de son entrée en vigueur, ne concernait que les Tunisiens musulmans ; devient applicable à tous les nationaux tunisiens. Nationalité et statut personnel sont donc désormais confondus en Tunisie, premier pays arabo-musulman à dépasser la "situation confessionnelle". On analysera ici le contenu du Code en soulignant les innovations ; on exposera ensuite les multiples adjonctions et remaniements que le législateur y a apportés ; on envisagera enfin l'ensemble des lois qui s'y rattachent et la jurisprudence dynamique qui s'est développée à partir de ses dispositions.

### ***Le texte initial de la Majalla et ses innovations (13 août 1956).***

Bien qu'elle ait suscité une certaine opposition de la part de représentants officiels du monde religieux tunisien qui firent, d'expresses réserves sur les points où elle innovait décisivement, la Majalla fut accueillie favorablement par l'ensemble de la population tunisienne. Celle-ci voyait, à l'instar du président Bourguiba, une expression privilégiée de sa souveraineté retrouvée dans un renouvellement important de son droit familial. Il est significatif que le Code ait été promulgué dans le sillage de la proclamation de l'indépendance. Il n'était ni complet ni toujours précis, mais l'essentiel apparaissait alors dans l'affirmation des choix majeurs que le législateur, garant du consensus (ijmâ') national, avait faits en matière de statut personnel. Composée de 170 articles seulement, la Majalla était présentée par le ministre de la Justice comme "fille des nécessités humaines. Elle traduit la mentalité et les aspirations de la nation... (car) les nouvelles générations ne regardent plus les choses sous le même angle que les générations précédentes, s'étant libérées des conceptions périmées, souvent aberrantes, qui régnaient jusque là".

### ***Le mariage.***

Les fiançailles conservent la valeur de simples promesses. Tout droit de contrainte matrimoniale est aboli par l'art. 3 qui affirme "que le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux" (la femme n'ayant plus à passer par l'intermédiaire d'un tuteur matrimonial), pour ajouter aussitôt : "La présence de deux témoins honorables et la fixation d'une dot au profit de la femme sont, en outre, requises pour la validité du mariage". La preuve du mariage ne peut désormais être rapportée que "par acte authentique" (art. 4) dont la loi du 1<sup>er</sup> août 1957 sur l'état civil précisera les conditions d'établissement : "l'acte de mariage est conclu, en Tunisie, par devant deux notaires ou devant l'officier d'état civil en présence de deux témoins honorables" (art. 31). L'art. 5 fixe enfin les conditions fondamentales de "capacité" : "les deux futurs époux doivent être pubères. L'âge de la puberté est fixé à 15 ans pour la femme et à 18 ans révolus pour l'homme", des dispenses pouvant être accordées plus largement qu'au Maroc. "En outre, ajoute le même article, des futurs époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchements au mariage prévus par la loi (mawâni' char'iyya)". Innovant encore, la Majalla requiert toujours l'accord du tuteur pour "le mariage de l'homme et de la femme qui n'ont pas atteint l'âge de la majorité légale" (20 ans).

Reprenant la conception malékite classique de la dot, la Majalla innove par contre au chapitre des empêchements. La triple répudiation ou divorce devient un empêchement permanent (art. 19) et, surtout, la polygamie est "interdite" (art. 18). La violation de cette interdiction énoncée parmi les empêchements permanents ne constitue cependant pas un simple délit et n'entraîne pas nécessairement la nullité du mariage. La Majalla est muette sur de nombreux empêchements classiques, comme celui de la disparité de culte, mais paraît en admettre certains autres de façon implicite (ainsi le désaveu de paternité, établi par le juge, entraîne "la séparation perpétuelle des deux époux" - art. 75) et la lecture de son article 5 précédemment cité, laisse l'impression que tous s'y trouvent inclus globalement. Simplifiant enfin les dispositions du Droit malékites relatives aux nullités ainsi qu'aux obligations et aux contestations entre époux ("le mari doit faire face aux charges du mariage et pourvoir aux besoins de sa femme et de leurs enfants dans la mesure de ses facultés et compte tenu de l'état de sa femme", art. 23), la Majalla invite cependant la femme "à contribuer aux charges du mariage si elle a des biens". Tenue de "respecter les prérogatives du mari en tant que chef de famille" et, dans cette mesure, "lui devant obéissance", elle n'est cependant plus assujettie au contrôle partiel du mari sur ses libéralités personnelles ainsi que le prévoyait l'École malékite.

### ***La dissolution du mariage.***

C'est au livre du Divorce que la Majalla se révèle profondément novatrice, puisqu'elle supprime définitivement le privilège masculin de la répudiation unilatérale. Le divorce ne peut désormais avoir lieu, en Tunisie, "que par devant le tribunal" (art. 30). Généralisant la tentative de conciliation à toutes les instances en divorce, le Code précise les trois types de réalisation de celui-ci : "Le tribunal prononce le divorce : 1) à la demande du mari ou de la femme pour les motifs visés aux articles du présent Code ; 2) en cas de consentement mutuel des époux ; 3) sur le désir du mari ou à la requête de la femme ; dans ce dernier cas, le juge statue sur les dommages-intérêts dus à la femme en réparation du préjudice subi par elle, ou sur les indemnités qu'elle doit à son mari" (art. 31).

Est-ce à dire que cet article rompt totalement avec la tradition du Droit musulman ? Sans doute, le juge intervient-il dans les trois cas, mais dans le premier, la Majalla reprend à son compte le divorce judiciaire classique, rendu accessible au mari comme à la femme ; dans le deuxième, l'accord requis pour la "répudiation convenue" entraîne un divorce par consentement mutuel sans contrepartie financière ; dans le troisième cas, la volonté unilatérale de rompre le lien conjugal, sans motif explicite ou dûment prouvé, constitue une transposition judiciaire de la répudiation islamique, ouverte désormais à la femme comme au mari. Les dommages-intérêts versés à celle-ci dans le premier cas, sont analogues à l'ancien "don de consolation", les indemnités qu'elle doit au mari, dans le deuxième cas, ressemblent beaucoup au rachat (khul') que supposait la "répudiation convenue". Mais l'analogie s'arrête là ; le recours au juge est en effet désormais requis en tout état de cause, bien qu'il ne soit guère précisé si le juge doit se borner à évaluer le préjudice ou s'il doit apprécier les motifs mêmes de la demande et, partant, du différend. Telle est l'innovation essentielle du Code Tunisien : l'extraordinaire prééminence du mari disparaît, la femme est mise à l'abri de toute répudiation irréflective, mais ces dispositions libérales risquent d'entraîner la multiplication des divorces.

Dans ses autres livres, la Majalla se révèle, par contre, plus conservatrice. Les délais coraniques de la retraite de continence ne sont pas modifiés, la durée maxima de la grossesse restant d'une année. L'obligation d'entretien du mari envers son épouse et du père envers ses enfants répond, en sa formulation du moins, à des préoccupations plus modernes. Quant au droit de "garde", le Code

opère un curieux mélange de dispositions malékites (liste des dévolutaires comprenant également le père) et de réglementations hanafites. Il fait cesser la garde à 7 ans pour le garçon et à 9 ans pour la fille, afin de rendre alors l'enfant à son père "à moins que le juge n'estime préférable son maintien chez la gardienne" (art. 67). Dans le domaine de la filiation et de l'enfant trouvé, la Majalla rappelle encore que le nasab vis-à-vis du père ne peut s'envisager que dans le cadre du mariage légitime et que toute "reconnaissance de paternité" n'est valable que si son auteur a pu être physiquement et légitimement le père de l'enfant de filiation inconnue. Simplifiant encore les dispositions du droit classique concernant le disparu (le délai d'attente, pour présumer de sa "mort", allant de 2 ans à une période fixée par le juge), la Majalla consacre ensuite la seconde moitié de ses articles au droit successoral, dont elle ne renouvelle pas les règles puisque le Fiqh a déjà tout dit à ce sujet (héritiers "à part obligatoire" et héritiers agnats, avec tout le système d'évictions et de proportions que l'on connaît en Droit malékite). Le Code s'achève enfin par le livre de l'Interdiction et de l'aptitude à gérer le patrimoine : recourant à des solutions hanafites, il traite diversement les actes du mineur doué de discernement (13 ans) suivant qu'ils lui sont avantageux ou non.

Comme on le voit, "la liste des réformes est impressionnante : suppression des distinctions tenant au sexe en matière d'incapacités ; modification. des effets de l'émancipation ou tarchîd ; réforme de la durée de l'absence ; disparition de tous les empêchements provisoires au mariage, sauf trois ; abolition de la tétragamie ; élimination du droit de contrainte matrimoniale ; exigence d'un acte authentique pour la preuve du mariage ; obligation pour la femme de contribuer aux charges du mariage quand elle a des biens ; bouleversement et simplification du régime de la répudiation-divorce (talâq) (6). L'opinion tunisienne ne s'y est pas méprise qui a vu là l'expression juridique d'une promotion de la femme : à tous les niveaux du droit familial, le principe sous-jacent à toutes les innovations introduites dans le Code est bien celui d'une plus grande égalité de droits et de devoirs entre l'homme et la femme. Les adjonctions, les lois annexes et la jurisprudence n'ont fait que confirmer, depuis 14 ans, cette juste appréciation de l'œuvre du "réformiste" tunisien en matière de statut personnel.

### ***Adjonctions et Remaniements.***

Au rythme de l'évolution sociale tunisienne le contenu de la Majalla a sans cesse été remanié par un législateur soucieux d'affirmer sa volonté d'innovation. C'est ainsi que la loi du 19 juin 1959 a inséré dans la Majalla un art. 143 bis, qui introduit une réforme importante en matière successorale. D'une part, le "retour" (radd) est assuré au profit des héritiers "à part obligatoire", y compris le conjoint survivant, et au prorata de leurs parts ; d'autre part, certains héritiers agnats se trouvent évincés totalement par certaines héritières : "la fille, les filles, les petites-filles de la lignée paternelle à l'infini bénéficient du retour du surplus, même en présence d'héritiers agnats par eux-mêmes, de la catégorie des frères, des oncles paternels et leurs descendants, ainsi que du "Trésor". "En introduisant dans le droit tunisien l'idée que la classe des descendants prime celle des collatéraux, même si, elle n'est représentée que par une femme, la loi nouvelle ébranle les fondements les plus sûrs du droit successoral musulman" (7) et favorise indéniablement les membres de la famille conjugale restreinte, nouveau modèle de la société tunisienne.

### **Le Mariage.**

Plus tard, le décret-loi du 20 février 1964 est venu modifier l'art. 5 comme suit : "Les époux ne doivent pas se trouver dans l'un des cas d'empêchement prévus par la loi. En outre l'homme avant 20 ans révolus et la femme avant 17 ans révolus ne peuvent contracter mariage", sauf autorisation spéciale du juge. L'âge minimum de la capacité au mariage a donc été élevé de deux années pour chacun des futurs conjoints : la mesure a été dictée par des considérations humaines, elle permettra désormais des mariages "plus réfléchis" et "plus libres", garantira ainsi une plus grande stabilité des foyers ; elle répond aussi aux exigences d'une politique démographique qui tend à limiter les naissances : les statistiques officielles ont révélé qu'en 1960 plus de 50 % des Tunisiennes mariées dans l'année n'avaient pas 20 ans.

Le même décret-loi du 20 février 1964 a en outre remaniée à nouveau l'art. 18 relatif à l'interdiction de la polygamie qui avait déjà été modifié par un texte du 4 juillet 1958. Selon ce dernier texte, il y avait délit de bigamie même lorsqu'un deuxième mariage était contracté non pas "conformément à la loi", mais "selon la coutume". En 1964, le législateur est allé encore plus loin pour rendre totalement effective l'interdiction de la polygamie : désormais, sera passible des peines réprimant la polygamie, toute personne qui aura contractée successivement deux mariages, quelle qu'ait été la forme du premier et du second. La deuxième épouse du bigame est punissable comme

complice. En outre l'art. 18 relatif à l'interdiction de la polygamie a été intégré à l'article des nullités : dorénavant, par un seul et même jugement, le délit sera établi et la nullité prononcée. Le non-respect des formes du mariage et le "concubinage consécutif à une déclaration de nullité" ont été constitués en infractions par le même article et sont punis respectivement de 3 à 6 mois de prison. La sévérité dont fait preuve ici le législateur révèle son vif désir de supprimer toute espèce de polygamie, considérée comme une tare indigne d'une société moderne.

### **Le droit de garde.**

Plus tard encore, c'est le droit de "garde" qui a été remanié en trois de ces articles essentiels ; par la loi du 3 juin 1966. L'ordre classique des dévolutaires de ce droit est supprimé. Exercé solidairement par le père et la mère, dès la naissance de l'enfant, ce droit appartient au conjoint survivant en cas de décès et en cas de divorce à l'époux que le juge aura désigné, à moins qu'il ne désigne une tierce personne, "en prenant (toujours) en considération l'intérêt de l'enfant". C'est pour cette raison qu'il n'est plus fixé d'âge ultime à la garde de celui-ci : le juge seul décide de l'attribution de la garde qui est considérée comme un "droit de l'enfant" et un "devoir de ceux qui doivent la lui assurer".

### **Lois et dispositions annexes.**

La Majalla ainsi remaniée n'est pas le seul texte législatif régissant le statut personnel des Tunisiens : de nombreuses lois en ont précisé quelques articles ou développé certaines perspectives. C'est ainsi qu'à la suite de l'abolition des habbous publics (31 mai 1956), la suppression des habbous privés par décret du 18 juillet 1957 et la liquidation de ceux qui existaient alors ont enlevé aux familles un moyen traditionnel et commode pour transformer à leur gré les règles parfois rigides de la succession ab intestat ou pour éviter les partages et les ruptures qu'elle risquait souvent d'engendrer.

De son côté, la loi du 1<sup>er</sup> août 1957 relative à la réglementation de l'état civil a eu une incidence sur la forme du mariage ainsi que sur son mode de preuve (cf. supra, à propos de l'art. 4 de la Majalla) en limitant étroitement dans le temps, toutes les mesures transitoires qui permettaient de reconnaître valide un mariage antérieurement conclu sans observation des formes aujourd'hui requises. En outre, la loi du 26 mai 1959 a obligé toute famille tunisienne à choisir un nom patronymique ; les délais fixés pour cette opération d'identification sociale des familles ont été reportés à plusieurs reprises.

Plus importants, sans conteste, furent le décret. du 18 juillet 1957 fixant "l'organisation de la nomination des tuteurs et le contrôle de leur administration et comptes de gestion" et la loi du 4 mars 1958 "relative à la tutelle publique, à la tutelle officieuse (kafâla) et à l'adoption". Cette dernière loi assure à l'enfant trouvé ou abandonné par ses parents un "tuteur public", civilement et socialement responsable, en attendant qu'une personne le prenne en charge jusqu'à sa majorité (kafâla) ou l'adopte purement et simplement. Bien qu'ignorée du Droit musulman traditionnel, l'adoption est une "pratique tunisienne" multiséculaire et cette loi n'a fait que la consacrer et la développer sur le plan juridique soulignant ainsi que la paternité et la maternité ont une dimension qui dépasse la "voix du sang". C'est pour faciliter ces adoptions éventuelles que la loi du 21 novembre 1967 a organisé le "placement familial" grâce auquel des enfants abandonnés sont "confiés à des familles choisies par le service des Affaires sociales", et, parfois, rétribuées par celui-ci, les responsabilités du "tuteur public" demeurant entières. Le législateur tunisien prouve ainsi combien il entend assurer à tout enfant, quel qu'il soit, la chance d'avoir une éducation familiale.

Toujours en vue de garantir le mariage contre l'instabilité, la loi du 3 novembre 1964 a rendu obligatoire l'examen médical prénuptial dans les circonscriptions municipales existant à cette date. A la suite de divers examens médicaux, chacun des futurs conjoints reçoit un certificat prénuptial attestant que lui ont été communiquées toutes informations utiles sur son aptitude physique et physiologique à contracter mariage. La loi prévoit même que le médecin peut refuser de délivrer ce certificat dans certains cas. Dans le cadre de sa politique de "birth control" et afin de réduire le recours trop fréquent aux avortements clandestins ; le législateur tunisien a autorisé "l'avortement social" en plus de "l'avortement thérapeutique", par la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1965 : "L'interruption artificielle de la grossesse est autorisée lorsqu'elle est pratiquée dans les trois premiers mois et lorsque les époux ont au moins 5 enfants vivants... L'intervention ne peut avoir lieu que dans un établissement hospitalier ou dans une clinique autorisée, par un médecin exerçant légalement sa profession" (art. 214, nouveau, du Code pénal). Enfin, fidèle à son souci d'égalité entre les conjoints, le législateur tunisien a réprimé l'adultère du mari avec la même sévérité que celui de l'épouse ; l'art. 236 du Code pénal, a été modifié

à cet effet par la loi du 8 mars 1968 : "L'adultère du mari ou de la femme est puni d'un emprisonnement de 5 années et d'une amende de 500 dinars".

### Une jurisprudence dynamique.

La "*Revue tunisienne de Droit*", de langue française et la *Majallat wa-l-Tachri'* (revue de la magistrature et de la législation), qui paraît chaque mois en langue arabe, fournissent une longue suite d'études, de jugements et d'arrêts en matière de statut personnel. Grâce à ces documents, il est assez aisé de se faire une idée de la jurisprudence des tribunaux de la Tunisie indépendante. Ceux-ci, dans le silence de la Majalla sur ce point mais aussi devant les affirmations de la Constitution et les réalités socio-culturelles du pays, considèrent la Loi musulmane comme référence ordinaire en matière de statut personnel, pour interpréter ou suppléer les textes. On note cependant une certaine tendance à s'en tenir à ces derniers tout en dégagant leur esprit propre. Ceci donne à l'ordre public tunisien une certaine originalité, puisque la polygamie et la répudiation y sont interdites, pour les nationaux, comme pour les étrangers, et que l'adhésion de la Tunisie aux conventions internationales pose plus d'un problème d'ajustement juridique : on sait qu'en mai 1968, le pays a adhéré aux trois conventions de New York concernant les droits politiques de la femme (13 mars 1953), la nationalité de la femme mariée (20 février 1957), le consentement au mariage, l'âge minimum et l'enregistrement des mariages (10 décembre 1962), "sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion".

Relevons les principales orientations actuelles de la jurisprudence tunisienne.

Il semble tout d'abord que pour compenser en quelque sorte les innovations de la Majalla en des matières essentielles, une tendance s'y soit manifestée, de plus en plus forte, pour faire revivre ou maintenir les empêchements relatifs à la "disparité de culte" (ikhtilâf al-din) et, à fortiori, ceux qui dérivent de l'apostasie (ridda). Aucun mariage d'une musulmane avec un non-musulman n'est actuellement possible en Tunisie et les officiers d'état-civil ont consigné de les refuser, alors même que la qualité de musulmane n'est établie qu'administrativement. C'est l'interprétation de l'art. 5 dans le sens traditionaliste qui l'a emporté de même que le texte arabe de l'art. 88 a été compris comme renvoyant à toutes les indignités successorales du droit musulman classique (différence de religion, apostasie...). On sait aussi que, si la mère, gardienne de ses enfants, peut être d'une autre religion que ces derniers, l'exercice de la garde par la grand-mère non-musulmane (en cas de décès de la mère) ne saurait se prolonger quand les enfants ont atteint l'âge de 5 ans (art. 59) à moins que la grand-mère ne devienne administrativement musulmane. C'est peut-être dans ce domaine que le droit tunisien actuel a encore du mal à se dégager du vocabulaire éthique du Droit classique, puisqu'un arrêt récent a rappelé que "le mariage d'une musulmane avec un non-musulman constitue, sans conteste, l'un des péchés majeurs" et que "la naturalisation volontaire qui soumet le musulman (ou la musulmane) à des prescriptions juridiques autres que celles de sa religion" est à considérer comme une apostasie (arrêt civil de la Cour de Cassation du 31 janvier 1966).

Par contre, dans le domaine du divorce, tout est mis en œuvre par les tribunaux pour être sévères et apprécier largement le préjudice subi soit par le conjoint demandeur dans l'hypothèse où l'autre époux a manqué à ses obligations (art. 31, 1<sup>er</sup>), soit par le conjoint défendeur dans l'hypothèse où l'autre époux prend l'initiative de la rupture sans la justifier aucunement (art. 31, 3<sup>e</sup>). Dans ce dernier cas, qui est, de loin, le plus fréquent, la jurisprudence a renoncé à développer les notions classiques de "don de consolation" et de "rachat" pour s'attacher à définir exactement le préjudice (darar) découlant de cet abus de droit (ta'assuf) qui consiste à déclencher unilatéralement l'action en divorce sans motif légitime ; la théorie de l'abus de droit est désormais appliquée dans ce cas comme un procédé d'équité modératrice à la disposition du juge. La sévérité grandissante des tribunaux quant à l'appréciation du préjudice subi est en proportion du nombre grandissant des divorces "par caprice".

Les tribunaux sont également de plus en plus sévères quand il s'agit de l'entretien dû par le mari à sa femme ou par le père à ses enfants, surtout lorsque ceux-ci sont chez leur gardienne". Aucune prescription n'est admissible en ce domaine. On comprend d'autant mieux que "l'intérêt de l'enfant" soit le critère unique qui inspire les décisions du juge en matière de "garde", qu'il s'agisse de la durée de celle-ci ou de la qualité de la personne qui est appelée à la lui assurer ; seul, un changement de domicile de la "gardienne" rendant difficile l'exercice par le père de sa tutelle, peut autoriser celui-ci à réclamer la déchéance de la gardienne. Quant à la filiation, qui intéresse particulièrement l'ordre public, il semble que les tribunaux interprètent libéralement les formes de la reconnaissance paternelle, judiciaires ou extra-judiciaires, de même qu'ils s'efforcent toujours de rendre valide tout lien conjugal qui a les apparences du mariage légitime (chubha) le but n'est-il pas, dans les deux cas d'assurer une filiation légitime (nasab) à des enfants qui risquent fort de n'en point avoir. Mais ce libéralisme tourne

au "refus intransigeant" ; dès lors qu'un "scandale" est à craindre parce que l'aveu du père ou la recherche de la paternité fait éclater et rend notoire le caractère illégitime des rapports qu'ont eus entre eux le père et la mère de l'enfant, il s'agit alors de faits contraires à l'ordre public. Ce faisant, la jurisprudence tunisienne reste bien dans la tradition du Droit musulman classique.

Telles sont les orientations principales de la jurisprudence tunisienne. Sous l'impulsion constante et attentive du président Bourguiba dont les interventions et les discours sont sans nombre à ce sujet, les juges sont invités à pratiquer un effort créateur (ijtihâd) afin d'utiliser la Majalla comme une "force sociale" qui permette aux personnes et aux familles d'en épouser les perspectives renouvelées et les principes novateurs. On sait que les organisations nationales et, singulièrement, l'Union nationale des femmes de Tunisie, participent de très près à cette politique globale de la nation, qui vise ni plus ni moins à une mutation sociale de la famille et à une promotion irréversible de la femme. La Majalla avec ses adjonctions, ses remaniements, ses lois annexes et la jurisprudence qu'elle développe constitue donc un élément dynamique de cette volonté nationale de changement que la Tunisie a su manifester depuis 14 ans ; son Code du statut personnel est en constante révision parce qu'il entend bien et même précéder la vie.

## **L'Algérie et ses projets de Code**

Indépendante depuis le 5 juillet 1962, l'Algérie est toujours sans Code de statut personnel. A deux reprises un projet fut élaboré mais aucun n'a abouti, pour diverses raisons, dont la principale est sans doute l'extrême complication de la situation juridique du statut personnel. Il n'existait pas, en effet, au moment de l'indépendance, moins de cinq statuts : un statut civil français de droit commun applicable aux Européens, aux juifs algériens autres que ceux du Sahara et aux Algériens musulmans devenus citoyens français en vertu du senatus-consulte de 1865 ou de la loi Jonnart de 1919 ; le "droit coutumier" des habitants de la Grande Kabylie ; le droit ibadite, modalité historique du droit khârijite des Mozabites ; le statut malékite régissant tous les autres Algériens musulmans ; enfin la loi mosaïque applicable aux juifs du Sahara. On sait qu'une subtile hiérarchie permettait des options, totales ou partielles (option de juridiction, de statuts, de législation), entre ces divers statuts personnels : le Kabyle ou le Mozabite pouvait opter pour le statut musulman malékite, tout Algérien pouvait opter pour le statut civil français mais l'option en sens inverse était impossible. Certains de ces statuts, surtout le statut kabyle, avaient fait l'objet de modifications, plus ou moins importantes.

### *La reconduction de la législation antérieure.*

Le 31 décembre 1962, l'Assemblée nationale constituante algérienne votait avant de se séparer, une loi qui disposait que "la législation en vigueur au 31 décembre 1962 est reconduite jusqu'à nouvel ordre, sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale" (art. 1<sup>er</sup>). L'art. 2 précisait comment il fallait interpréter cette dernière réserve : "tous les textes d'inspiration colonialiste ou discriminatoire (ou), portant atteinte à l'exercice normal des libertés démocratiques, sont considérées comme nuls et non avenues".

Quel était l'effet de ces dispositions en ce qui concerne le statut personnel. Elles maintenaient notamment en vigueur deux textes promulgués en 1957 et en 1959, qui avaient modifié profondément le statut personnel algérien.

### **La loi du 11 juillet 1957**

Votée après de très longs et utiles débats de l'Assemblée algérienne, cette loi portait "réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman" malékite. Ce texte (qui n'était applicable ni à la "tutelle kabyle" remaniée par un décret du 1<sup>er</sup> août 1902 qui avait fixé l'âge de la majorité à 18 ans révolus, ni aux Algériens régis par le "droit ibadite") reprenait et transformait les dispositions d'un décret du 12 août 1936 concernant la "tutelle malékite", et opérait une synthèse heureuse entre les règles du droit musulman, les exigences de la réalité sociale et l'esprit du Code civil français. Le mineur est émancipé automatiquement à 21 ans, sans que soit faite distinction, comme auparavant, entre garçons et filles. Jusqu'à cet âge, le mineur est sous la tutelle, tout comme l'interdit, de son tuteur légal testamentaire ou datif. Il est prévu la possibilité de l'émancipation des mineurs de 18 ans qui peut dans certains cas intervenir sur leur demande. Le père est tuteur légal de plein droit mais, - et ceci est une innovation de la loi - "en cas de décès ou de déchéance du père, comme en cas de défaut de tutelle testamentaire, la mère devient tutrice légale" (art. 19). L'un et l'autre peuvent désigner un tuteur testamentaire pour exercer la tutelle après leur mort. Mais les changements les plus importants

concernent la tutelle. Si le *cadi* devient le contrôleur général des tutelles, il doit choisir non plus un mandataire (*muqaddam*), mais un tuteur datif, parmi les proches parents du mineur les plus aptes à remplir cette fonction. La loi créait d'autre part un "Conseil de famille" composé de six membres choisis par moitié dans chaque lignée et chargé de désigner un subrogé tuteur choisi dans la lignée à laquelle n'appartient pas le tuteur. Les deux lignées intervenaient donc également dans l'organisation et le contrôle de la tutelle dative. Les règles de fonctionnement de la tutelle, qu'elle fût légale, testamentaire ou dative, étaient fixées de manière très précise.

La même loi codifiait également les règles de l'absence en droit malékite en mettant fin aux controverses doctrinales, en instituant une présomption légale de décès, en sauvegardant assez largement les droits de l'absent et ceux de ses héritiers présomptifs, en libérant enfin le femme d'un lien conjugal que la prolongation de l'absence rendait de plus en plus hypothétique. Conformément au rite malékite, la femme "peut demander judiciairement le divorce lorsque le mari a disparu en la laissant dans le dénuement. La décision, doit en pareil cas, être ajournée à un mois..." (art. 148). Mais le divorce tout en demeurant possible, est plus difficile à obtenir lorsque l'absent a laissé de quoi subvenir à l'entretien de sa femme ; la protection des droits de succession de l'épouse aussi longtemps qu'elle n'est pas remariée, a été dans ce cas la préoccupation dominante du législateur.

### **L'ordonnance du 4 février 1959**

"Relative au mariage contracté par les personnes de statut civil local", cette ordonnance complétée par le règlement d'administration publique du 17 septembre 1959 et par un arrêté du Garde des Sceaux du 14 novembre 1959 (qui donne la nomenclature des pièces à remettre à l'officier de l'état civil ou au *cadi* en vue de la célébration des mariages entre personnes de statut civil local) a constitué en son temps un texte novateur en matière de statut personnel. Inspirée des récentes codifications tunisienne et marocaine, et aussi audacieuse même que la *Majalla*, l'ordonnance témoignait d'une volonté d'unification des divers statuts locaux : elle était applicable à tous les Algériens musulmans, hormis les Mozabites (art. 10) ; et abrogeait les diverses modifications qui avaient été apportées dans le passé à la coutume kabyle en matière de fiançailles et de mariage (loi du 2 mai 1930), de divorce et de répudiation (décret du 19 mai 1931).

Le droit de contrainte matrimoniale (*jabr*) était définitivement aboli par l'art. 2 qui disposait : "le mariage se forme par le consentement des deux époux. A peine de nullité, le consentement est exprimé verbalement, publiquement et en personne", et le décret d'application précisait : "le consentement des époux doit être explicite, non équivoque et ne peut être donné à terme ou subordonné à la réalisation ou à la non-réalisation d'un événement futur ou incertain. L'erreur dans la personne ou la violence entraîne la nullité du mariage" (art. 2). Un âge minimum est fixé par l'ordonnance : "L'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 15 ans révolus, ne peuvent contracter mariage" (art. 5) sauf dispense accordée par le président du tribunal de grande instance. Comme au Maroc et en Tunisie, le mariage des mineurs était soumis à l'accord des tuteurs tant que les futurs époux n'ont pas atteint l'âge de la majorité légale (art. 2). La forme du mariage était identique à celle fixée par la loi tunisienne du 1<sup>er</sup> août 1957 : les consentements sont exprimés "en présence de deux témoins majeurs, soit devant le *cadi*, soit devant l'officier d'état civil" (art. 2), les futurs époux pouvant demander que cet officier soit musulman. En conséquence, le mariage ne pouvait plus être prouvé que par acte dressé ou transcrit sur les registres de l'état civil.

L'ordonnance était plus novatrice encore en matière de dissolution du mariage, puisque toute répudiation était dorénavant interdite. "Le mariage, hors le cas de décès (n'étant) dissous que par décision de justice" (art. 6) l'art. 11 du décret fixait comme suit les cas d'ouverture de la procédure de divorce.

- "A la demande de l'un des époux pour l'une des causes péremptoires suivantes : adultère de l'autre époux, condamnation de l'autre époux depuis le mariage à une peine afflictive ou infamante ;
- à la demande de l'un des époux pour excès, sévices et injures graves, lorsque les faits invoqués constituent une violation grave et renouvelée des devoirs du mariage et rendant intolérable le maintien du lien conjugal ;
- à la demande des époux en cas de consentement mutuel ;

- à la demande de la femme, en cas de disparition du mari dans les conditions prévues à l'article 22 ;
- quand le juge saisi par l'un ou l'autre époux de la volonté unilatérale du mari de dissoudre le mariage prononce cette dissolution".

On retrouve aisément dans ces dispositions plusieurs institutions du droit malékite : le "divorce judiciaire" prononcé pour torts du conjoint par le juge qui conserve un certain pouvoir d'appréciation, la "répudiation convenue" qui, libérée de toute contrepartie financière, devient un divorce par consentement mutuel ; la "répudiation unilatérale" par le mari, le juge intervenant alors pour apprécier la validité de cette répudiation et évaluer, le cas échéant, le préjudice subi par l'épouse ; le "juge statue alors sur les dommages-intérêts dus par le mari à la femme pour le préjudice matériel ou moral causé à celle-ci par la rupture du lien conjugal" (art. 21). Quant à la procédure de divorce, le décret en fixait les diverses phases et instituait notamment une "séance de conciliation".

L'ordonnance et le décret de 1959, reconduits en 1962, ont donc apporté des réformes essentielles au régime du mariage, applicables aux sunnites malékites comme aux Kabyles de droit coutumier. Subordonné désormais au consentement des futurs époux, le mariage ne peut plus être conclu qu'à partir d'un âge minimum, l'accord d'un tuteur demeurant toutefois nécessaire avant, la majorité. Hors le cas de décès, le mariage ne peut être dissous que par décision de justice. Aux causes de dissolution admises par le Fiqh malékite, il en est ajouté d'autres qui relèvent de loin ou de près, de la notion de "préjudice" : les époux peuvent consentir mutuellement au divorce, sans compensation aucune ; la rupture unilatérale par le mari du lien conjugal exige l'intervention du juge.

Il n'est pas surprenant que ces dispositions novatrices aient posé plus d'un problème aux juges et aux juristes de l'Algérie indépendante, qui ont eu à les appliquer et à les interpréter et qui, sur un point, les ont modifiées.

### **Lois, Projets et jurisprudence de l'Algérien indépendante.**

Une seule loi a été promulguée depuis l'indépendance dans le domaine du statut personnel. La loi du 29 juin 1963, dite loi Khemisti-Stefanini, a fixé un âge minimum pour le mariage qui relève légèrement, pour la jeune fille, celui que prévoyait l'ordonnance de février 1959 : "L'homme avant 18 ans révolus, la femme avant 16 ans révolus, ne peuvent contracter mariage" (art. 1<sup>er</sup>). Cette loi est applicable à tous les Algériens, même ibadites. Elle prévoit des atténuations à la règle qu'elle fixe ; en effet, si "est nul tout mariage non consommé contracté en violation des dispositions de l'art. 1<sup>er</sup> (qui peut-être attaqué, soit par les époux eux-mêmes, soit par ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public", est seulement annulable, à la requête des seuls époux, "tout mariage consommé contracté en violation des dispositions de l'art. 1<sup>er</sup>", (art. 3) ; d'autre part le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge ne peut être attaqué : "1) lorsque les époux ont atteint l'âge l'égal ; 2) lorsque la femme qui n'avait point cet âge, a conçu" (art. 4). La loi reprend à son compte l'exigence formulée par l'ordonnance de février 1959 concernant la preuve écrite du mariage : "nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets du mariage s'il ne présente un acte de mariage dressé ou transcrit sur les registres de l'état civil" (art. 5).

#### *Le code de la nationalité algérienne.*

Promulgué le 27 mars 1963, le code de la nationalité intéresse indirectement la matière du statut personnel, car ce, code a privilégié le "statut musulman" dont il fait la condition fondamentale de la nationalité d'origine : "le mot "algérien" en matière de nationalité d'origine s'entend de toute personne dont au moins deux ascendants en ligne paternelle sont nés en Algérie et y jouissaient du statut musulman" (art. 34).

### **La constitution.**

Pour sa part, la Constitution a promulguée le 10 septembre 1963 déclare que "l'Islam est la religion de l'état" (art. 4) ; tout en proclamant la liberté des cultes, elle affirme que "la famille, cellule fondamentale de la société, est placée sous la protection de l'état" (art. 17) et rappelle, dans son préambule que, "la Révolution se concrétise par une politique sociale... pour accélérer l'émancipation de la femme afin de l'associer à la gestion des affaires publiques et au développement du pays". Par ces affirmations, l'Algérie indépendante a repris à son compte les grandes options définies successivement dans la plate-forme de la Souman (20 août 1956) et le Programme de Tripoli. (juin

1962). Le programme de Tripoli n'affirmait-il pas que "le féodalisme favorisait la persistance des structures et concepts d'un autre âge, (entre autres) le mépris et la ségrégation de la femme" et ne constatait-il pas que "la participation de la femme algérienne à la lutte de libération a créé des conditions favorables pour briser le joug séculaire qui pesait sur elle". C'est avec le même esprit et dans des termes voisins que la Charte d'Alger rappelait, en avril 1964, que "pendant des siècles, la femme algérienne a été maintenue dans un état d'infériorité que tendaient à justifier des conceptions rétrogrades ou des interprétations erronées de l'Islam" et déclarait que "l'égalité de la femme et de l'homme doit s'inscrire dans les faits ?" Cette option du F.L.N. en faveur d'une promotion féminine généralisée en rejoignait une autre, maintes fois affirmée au cours des mêmes instances, celle du pluralisme religieux de l'Algérie nouvelle, où chacun devait pouvoir se trouver "chez lui", quelle que fût son appartenance religieuse.

La coexistence de ces options ("promotion féminine, pluralisme confessionnel) et des affirmations fondamentales concernant l'unité de la nation et la prévalence du "statut musulman" expliquent les mouvements oscillatoires de la jurisprudence algérienne et les difficultés d'élaboration d'un code de statut personnel. Très tôt, des circulaires administratives ont rappelé que les mariages conclus *more islamico* entre Algériens et étrangères non-musulmanes étaient pleinement valides, mais que ceux noués entre musulmanes et non-musulmans étaient nuls de plein droit parce que contraires au droit coranique, source de législation algérienne.

Deux tendances fondamentales partagent aujourd'hui le monde des juges et des juristes algériens : l'une, conservatrice et volontiers fondamentaliste, attribue un rôle primordial au droit musulman classique comme source permanente de la législation. Elle incline, donc, à restreindre au maximum les "ouvertures" tentées par les textes positifs de l'époque contemporaine. L'autre, libérale et progressiste, préfère donner aux textes récemment promulgués une valeur extensive et cherche à en extraire des principes dynamiques qui peuvent favoriser l'évolution actuelle de la famille selon les critères qui tiennent compte des "valeurs de modernité". Aucune jurisprudence n'est encore ferme ni constante. C'est ainsi que pour les "conditions de forme" du mariage, les tribunaux algériens hésitent pour des raisons humanitaires, entre la fermeté la plus stricte et un libéralisme qui risque de priver les justiciables de toute sécurité et les textes de toute utilité.

Si les tribunaux appliquent tous les règles classiques en matière de filiation, les juges sont par contre profondément divisés au sujet des diverses modalités de divorce, notamment la "répudiation unilatérale par le mari" : devant la volonté de répudiation de celui-ci, quels sont les pouvoirs effectifs du juge ? Pour les uns, il ne peut qu'entériner, en contrôlant, tout au plus, la validité de l'acte du mari ; pour les autres, il pourrait refuser de prononcer le divorce, déboutant ainsi le mari de son... privilège. Là encore, on se trouve devant une double manière d'interpréter la "reconduction" de la législation antérieure. Force est donc de reconnaître que diverses solutions de droit sont aujourd'hui possibles en Algérie pour certains chapitres du statut personnel ; c'est la vie elle-même qui semble devoir trancher bien des débats qu'y soulève actuellement l'application d'un statut personnel commun, plus ou moins "non écrit".

Évoquons pour terminer les perspectives des deux projets successifs de Code de la famille. Celui qui fut étudié au temps du président Ben Bella (1963-1964), par des commissions juridiques et sociales, acceptait, semble-t-il, le pluralisme confessionnel, et insistait sur le rôle social de la famille et les exigences nouvelles de la promotion de la femme algérienne. Le Code Morand avait été retenu comme "plan de travail". Certaines dispositions de caractère obligatoire (dot, succession, *ab intestat*) ou facultatif (permission polygamique, répudiation) n'auraient été applicables qu'aux musulmans. Les oppositions entre "fondamentalistes conservateurs" et "libéraux réformateurs", semblaient avoir empêché tout accord et accumulé les difficultés sur certains points cependant réglés dans des pays voisins, notamment en Tunisie. Ce fut sagesse politique que de n'avoir point alors précipité une solution. Un second projet fut rédigé et discuté, en 1966 : très proche des perspectives de la Mudawwana marocaine et souvent inspiré du même conservatisme juridique ; bien qu'il reprît à son compte nombre d'articles de l'ordonnance et du décret de 1959, il dut déplaire aux partisans d'une législation plus novatrice et d'une émancipation féminine plus radicale. Là encore, on fut assez sage alors pour ne point forcer les résistances ? De toute façon la jurisprudence tient compte, en maintes de ses décisions, des tendances diverses qui se sont ainsi manifestées lors de l'élaboration de ces deux projets.

## Bilan et perspectives

Telle est actuellement la situation en matière de statut personnel des trois pays du Maghreb. Chacun d'eux exprime là plus encore qu'ailleurs, sa personnalité nationale. Entre le Maroc qui tend à préserver la sienne dans le cadre d'une tradition arabo-islamique fermement maintenue et la Tunisie qui veut s'en façonner une nouvelle, arabe et moderne à la fois, l'Algérie est à la recherche de la sienne.

Les législations familiales du Maghreb témoignent de profondes convergences et de certaines divergences. Partout on a codifié ou on tend à la codification. Un âge minimum est fixé au mariage : la jeune fille ne peut se marier qu'à 15 ans (Maroc), 16 ans (Algérie) ou 17 ans (Tunisie), alors que le jeune homme doit attendre 18 ans (Maroc et Algérie) ou 20 ans (Tunisie). Chacun des futurs époux doit consentir au mariage, même au Maroc qui a maintenu l'obligation d'un "tuteur matrimonial" pour la jeune fille. Partout l'accord du tuteur est requis pour le mariage des mineurs. En matière d'empêchements, si l'Algérie laisse à la "permission polygamique" toute sa portée classique, le Maroc y a mis certaines limites et la Tunisie l'a interdite d'une manière radicale, ajoutant même le triple divorce à la liste des empêchements permanents. Dans les trois pays, explicitement ou implicitement, on conserve l'empêchement de disparité de culte : la musulmane ne peut pas épouser un non-musulman ; il n'y a pas de vocation successorale entre personnes de religion différente. Pour la dot, les trois pays restent fidèles à la tradition malékite, pour la forme et la preuve du mariage, Algérie et Tunisie sont très proches l'une de l'autre, alors que le Maroc admet encore des formes et surtout des preuves plus traditionnelles.

Si, en matière de filiation, la convergence est totale entre les législations, les divergences s'affirment de plus en plus pour la garde, la tutelle ("publique" en Tunisie, et l'adoption (où la Tunisie qui l'admet est novatrice). Si le Maroc respecte pleinement la répudiation classique à côté du divorce judiciaire, Tunisie et Algérie n'admettent que ce dernier et y développent plus ou moins une théorie des "dommages-intérêts" en compensation du préjudice subi par l'une des parties. Quant au droit successoral, il est maintenu dans tout le Maghreb en sa forme traditionnelle malékite, mais Maroc et Tunisie y admettent le testament obligatoire ; de plus, la Tunisie y a fait de singulières innovations (retour, éviction), tout en supprimant les habous privés. Quant aux lois annexes on a vu qu'en Tunisie elles sont nombreuses et y ont développé une législation de la famille assez originale.

De toute façon, juges et juristes se trouvent au Maghreb partagés en deux tendances. Si le statut personnel est encore relativement confessionnel au Maroc, il devient "national" en Tunisie et en Algérie où, conservant de puissants liens avec le droit musulman classique, il prend d'autant plus ses libertés à son égard qu'il doit jouer le rôle d'une "force sociale" dans l'évolution familiale en cours. Que l'acculturation juridique varie suivant les pays, les chapitres des Codes et les catégories sociales qu'il faut convaincre du bien-fondé des réformes, rien que de très compréhensible : le législateur doit toujours résoudre le problème de la "recevabilité" des textes qu'il propose comme normes nouvelles. Au bout du compte, c'est bien d'anthropologie qu'il s'agit : si le Maroc vise à garantir davantage les droits de la femme dans le cadre d'un Islam classique, la Tunisie s'est décidée à fonder tout son droit familial sur une égalité toujours plus stricte entre l'homme et la femme dans le cadre d'un Islam modernisé, l'Algérie cherchant encore sa voie originale entre les positions de ses voisins.

Rien ne témoigne mieux de ces convergences et de divergences en même temps que des perspectives d'évolution pour demain, que l'ensemble des résolutions adoptées à l'occasion du Colloque maghrébin sur l'instabilité de la famille et le droit de l'enfant, tenu à Alger du 8 au 10 mai 1968. Soulignant l'avantage qu'il y aurait à unifier les jurisprudences maghrébines, les attendus des résolutions rappelaient les deux objectifs - stabilité de la famille et droit de l'enfant -, qui devraient animer ce rapprochement face aux problèmes d'une société en pleine mutation, où la famille risque de perdre son unité et sa stabilité. Le Colloque a étudié ensuite les moyens de réaliser ces objectifs.

- En ce qui concerne les cas de divorce, l'unanimité s'est faite pour admettre le cas du divorce fondé sur les griefs prouvés contre un conjoint et sur le divorce par consentement mutuel des époux. Mais quant aux cas de répudiation unilatérale, plusieurs tendances se sont manifestées : l'une favorable au maintien de ce mode de dissolution du lien matrimonial, une autre préconisant sa suppression, une troisième visant à l'étendre, de droit, à l'autre conjoint, une dernière subordonnant la répudiation à une intervention judiciaire allant du simple contrôle à la libre appréciation du juge. Le Colloque a exprimé le souhait qu'une solution commune rapproche les trois législations dans l'intérêt supérieur de la cohésion familiale, compte tenu de la promotion de la femme maghrébine et de la sauvegarde des droits de l'enfant.

- En ce qui concerne la procédure de divorce, le Colloque a déclaré que ses modalités constituent un frein utile à la désagrégation de la famille et affirmé que l'intervention du juge est dans tous les cas une nécessité absolue ; il a préconisé l'exclusion du divorce hâtivement prononcé, l'instauration, dans tous les cas, d'une réelle tentative de réconciliation qui ne doit pas être une simple formalité mais qui doit permettre, dans un délai suffisant, de faire réfléchir les époux sur les conséquences de leur divorce pour eux-mêmes et surtout pour leurs enfants ; il a recommandé également le contrôle strict par le juge des cas légaux de divorce et notamment de la preuve des griefs articulés, de la volonté libre des époux dans la dissolution par consentement mutuel, des conditions légales de la répudiation et du divorce sans motif.

Le Colloque a mis l'accent sur l'importance des conséquences pécuniaires de la dissolution pour faire réfléchir les époux et les amener éventuellement à revenir sur leur volonté de rupture. Il a estimé souhaitable que dans le cas de répudiation ou de divorce sans motif, les dommages-intérêts soient fixés par le juge en fonction du préjudice causé à l'époux répudié et du caractère arbitraire de l'acte du conjoint répudiant.

Le Colloque a d'autre part, longuement examiné les droits de l'enfant. Les conclusions auxquelles il est parvenu peuvent être ainsi résumées :

- Sur le droit de garde : deux thèses se sont affrontées au sujet des modalités d'attribution de ce droit ; l'une, conforme aux principes de certains jurisconsultes anciens, réserve ce droit par priorité à la branche maternelle, l'autre considère que l'attribution de la garde doit relever souverainement de la seule appréciation du juge du fond qui statue en considération de l'intérêt exclusif de l'enfant ;
- Sur l'adoption, le cas des enfants naturels et celui des enfants abandonnés, une vive discussion a opposé les tenants de la thèse traditionnelle et ceux qui proposent l'élaboration d'une législation nouvelle, mieux adaptée aux réalités et à la situation dramatique de tous les enfants "privés de la chaleur d'un foyer".

Dans leur fidélité au passé et dans leur attention aux problèmes d'aujourd'hui, tous ceux qui à un titre ou à un autre se préoccupent aujourd'hui en Afrique du Nord du statut personnel, se sentent tiraillés et comme divisés : les législations elles-mêmes, dans leurs convergences et leurs divergences en témoignent éloquemment. L'accueil réservé aux "valeurs de la modernité" permettra, on peut l'espérer, de résoudre des problèmes difficiles d'adaptation : un puissant courant se manifeste actuellement au Maghreb en faveur des valeurs de la personne, singulièrement celles de la femme et de l'enfant, ainsi que celles du couple et de la famille conjugale restreinte.

Maurice BORRMANS

## NOTES

1. En réalité, comme on le lira plus loin dans le texte, la situation était plus compliquée, surtout en Algérie. Certaines catégories de musulmans relevaient sur certains points au moins d'un droit coutumier local (Kabylie, montagne marocaine), d'un statut musulman hétérodoxe (Mozabites en Algérie), voire du Code civil français (Algérie). Ce Code était également applicable à une partie des juifs d'Algérie.
2. Le droit de garde ou "hadâna" est le droit qui appartient, en principe et en tout cas en première ligne, à la mère de garder ses enfants, de les protéger et de leur donner des soins lorsqu'ils sont en bas âge. La durée de la "hadâna" varie selon les rites.
3. cf. Y. Linant de Bellefonds : "Le divorce pour préjudice en droit marocain" dans "*Revue Marocaine de Droit*", 1964, n° 10, p. 433.
4. cf. A. Colomer : "Le code du statut personnel marocain (texte et commentaire)", dans "*Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*", 1961, p. 197.
5. Ibid. p. 197-199.
6. cf. A. Colomer : "Le Code tunisien de statut personnel" dans "*Revue algérienne et marocaine de législation et de jurisprudence*", 1957, p. 224.
7. cf. J. Roussier : "Dispositions nouvelles dans le statut successoral en droit tunisien" ; in "*Studia islamica*", XII, 1960, p. 140.



S. M. A. Comprendre  
20, rue du Printemps  
PARIS  
C. C. P. : 15 263 74