



N° 86/05 - 12 juin 1986

## LE CODE ALGERIEN DE LA FAMILLE DE 1984

*On a pensé utile de présenter ici un ensemble de trois études sur ce nouveau Code de la Famille, en Algérie. Tout d'abord, des "Considérations générales" sur son "Authenticité-Modernité", par Lucie Pruvost. Ensuite, une présentation rapide de ses "Grandes Lignes", par Maurice Borrmans. Enfin, une évaluation sommaire qui le situe "Dans l'ensemble des Codes musulmans de Statut Personnel", par Maurice Borrmans. Les premier et troisième textes reproduisent la conférence conjointe donnée par les auteurs à l'Institut Pontifical d'Etudes Arabes et d'Islamologie (Rome), le 1er mars 1985. Quant au deuxième, il s'agit d'un article publié dans les *Quaderni di Studi Arabi* de l'Université de Venise (n° 2, 1984, pp. 63-80).*

*Sur le même Code, il y aura avantage à lire les deux articles d'Hélène Vandevelde, dans *Maghreb-Machrek* (Paris) : "Où en est le problème du Code de la famille en Algérie ?" (n° 97, juillet-août-septembre 1982, pp. 39-54) et "Le Code algérien de la famille" (n° 107, janvier-février-mars 1985, pp. 52-64).*

### I. CODE ALGERIEN DE LA FAMILLE : AUTHENTICITE - MODERNITE

**Lucie Pruvost**

L'adoption du Code de la Famille (*qânûn al-'usra'*) par l'Assemblée Populaire Nationale algérienne le 29 mai 1984, puis sa promulgation comme loi de l'Etat Algérien le 9 juin suivant, ont été saluées par la presse algérienne "comme un événement capital dans l'édification de notre société, un jalon supplémentaire dans le renforcement de l'unité et de la cohésion de la cellule nationale" (*El-Moudjahid*, 20 juin 1984, "Authenticité et évolution").

"Événement capital", certes pour un pays qui avait à combler un "vide juridique" en une matière particulièrement importante. La famille n'est-elle pas appelée par la Constitution elle-même "la cellule de base de la société" (art. 65) ?

"Événement capital" également en ce qu'il exprime une volonté politique ferme de prendre position sur un terrain particulièrement sensible; terrain où, jusque là, s'affrontaient des tendances opposées. Brandissant tour à tour le drapeau de l'authenticité ou celui de la modernité, chacune cherchait à faire triompher une certaine image de l'identité nationale.

"Événement capital" en ce qu'il clôture une longue période de recherches, d'hésitations, de fluctuations dont les familles, autant que la société globale, pouvaient être les victimes.

Ce Code veut réaliser un certain consensus, un équilibre entre deux tendances actuelles: retrouver une authenticité perdue, sans renoncer à s'ouvrir à la modernité.

Retrouver son authenticité, c'est-à-dire retrouver ou consolider ou protéger les valeurs nationales, tirées du patrimoine arabo-musulman dans lequel l'identité algérienne a été forgée.

S'ouvrir à la modernité, c'est-à-dire assumer un certain nombre de situations nouvelles, assez souvent étrangères à ce patrimoine.

Cette recherche d'un équilibre entre "authenticité" et "modernité" paraît bien être l'une des caractéristiques du Code... en tout cas, celle sur laquelle nous pouvons aujourd'hui mettre l'accent, alors que tout le Pays est mobilisé pour "écrire" son Histoire et réintégrer ses valeurs propres, celles qui ont forgé l'identité d'une nation qui se veut à la fois arabo-musulmane et algérienne.

Cette volonté de réaliser un équilibre entre tradition et modernité apparaît clairement dans la genèse du texte (I), aussi bien que dans son contenu (II).

## I. Genèse d'un texte.

L'Algérie a attendu 22 ans pour se donner un Code de la Famille. Ceci vaut la peine d'être souligné à plusieurs titres :

Ce Code est le dernier-né d'une première génération de textes dont certains en sont déjà au stade des réformes partielles ou même des nouvelles rédactions (cf. Iraq, Jordanie, Tunisie). Il bénéficie donc d'une double expérience : internationale d'une part, celle d'autres pays musulmans; nationale d'autre part, la jurisprudence algérienne fondée en partie sur la reconduction de textes antérieurs à l'Indépendance (cf. L. 11 juillet 1957/Tutelle et Absence; L. 4 février 1959/Mariages et divorces).

Originalité par rapport aux autres pays arabo-musulmans en général et aux deux plus proches voisins - Tunisie et Maroc. Ceux-ci se sont donnés ce type de législation dans la foulée de leur Indépendance (Tunisie, indépendante en mars 1956, CSP en août 1956; Maroc, indépendance en 1956, Code en 1957-58), réglant donc immédiatement un problème de société considéré comme essentiel.

De plus, en Algérie, très tôt s'affirme une volonté "révolutionnaire" de "refondre la société", en conservant les valeurs arabo-musulmanes, certes, mais en les combinant avec l'idéal socialiste d'une société égalitaire dont tous les membres sont mobilisés pour un développement global dont tous doivent bénéficier.

- Autre différence : ailleurs, ces Codes sont présentés comme des instruments de la libération de la femme. Ici, cette libération n'apparaît pas comme essentielle ou du moins première, dans le processus de transformation de la société. Sans doute faut-il "lutter contre les préjugés sociaux et les croyances rétrogrades" (cf. Progr. de Tripoli 1962). Mais en pratique, au lendemain de l'Indépendance, l'Algérie se trouve confrontée à d'autres problèmes plus urgents qui, s'ils concernent de près ou de loin la famille requièrent "une solution en profondeur et des décisions d'une portée sociale réelle, s'intégrant dans un plan d'ensemble" (Progr. de Tripoli). Noter ici l'idée d'un "plan d'ensemble", à laquelle on reviendra à partir de 1982.

Bien que le temps s'écoule, l'idée de faire un Code "conforme à nos traditions (arabo-musulmanes) et à notre option socialiste" n'est pas enterrée pour autant. Elle est fréquemment reprise dans le discours politique officielle, qui en souligne l'urgence.

Cependant, pendant plus de 20 ans, aucun des quatre ou cinq avant-projets de codification ne dépasse le stade... de l'avant-projet. En 1981, enfin, un dernier avant-projet, connu en dépit du secret dont les pouvoirs publics veulent l'entourer, va susciter l'opposition agissante d'une partie de l'opinion publique : "marches" d'anciennes **mudjâhidât** dans les rues d'Alger... courrier polémique dans les quotidiens... débats houleux à l'Assemblée Nationale.

Tous ces avant-projets, y compris celui de 1981 qui devait servir de schéma directeur pour la rédaction du nouveau Code, se caractérisent par un point commun : volonté de respecter la **sharila** tout en cherchant à aménager la modernité, avec une préférence marquée pour des solutions réformistes plutôt que révolutionnaires.

Pendant cette période de vingt années, le "vide juridique" n'est cependant pas total. Jusqu'en 1975 au moins, la transition est aménagée par une Loi du 31 décembre 1962, reconduisant jusqu'à nouvel ordre la législation en vigueur à cette date, étant sauvegardées la souveraineté du Pays, ainsi que ses valeurs propres.

De plus, plusieurs textes de lois vont être promulgués, qui touchent de près ou de loin à la famille :

- Loi du 29 juin 1963 ("Loi Khemisti") fixant l'âge minimum du mariage et en réglementant la preuve,
- Ord. 19 février 1970 sur l'état-civil, suivie ou précédée de textes organisant la transcription à l'état-civil de mariages coutumiers...
- Code de la Santé publique en 1976,
- Textes sociaux, notamment sur la retraite, avec détermination des ayants-droits apparentés (1983).

D'autre part, le Gouvernement s'interrogeant sur la solution à donner à des problèmes nouveaux dans une société musulmane, consulte plusieurs fois le Conseil Supérieur Islamique qui, en tant que **mufti**, exprime un point de vue musulman sur le planning familial (1968); sur les enfants nés de concubins (1971)...

Tout ceci prouve que le pouvoir politique ne se désintéresse pas de l'organisation légale de la famille. Mais il en traite au coup par coup...

C'est en 1982, après les manifestations suscitées par le projet de 1981, que l'on décide d'aborder la question dans son ensemble. D'où l'ouverture, du "dossier de la famille" qui doit réunir toutes les faces du problème et dont l'étude devrait conduire à une politique globale concertée.

C'est à l'intérieur de cette recherche toujours en cours que se situe, comme un élément dans un ensemble, le Code de 1984. Ce Code, les auteurs entendent lui donner une portée sociale déterminée, reposant sur un projet de société ou devrait se combiner les valeurs arabo-musulmanes et une modernité de type socialiste. Il s'agit, selon les présentations du Code au mass-médias, d'un texte qui devrait favoriser la promotion d'un type nouveau de rapports entre les personnes, qui tienne compte à la fois "des intérêts fondamentaux de la collectivité nationale" et de "l'épanouissement de l'homme"; dans le cadre "des valeurs arabo-islamique de notre peuple" et "des exigences du progrès" (cf. **El-Moudjahid**, 20 juin 1984).

## **II. Contenu du Nouveau Code - Principes généraux.**

Ce projet de société va être traduit en pratique à travers un texte qui constitue plutôt un compromis entre "authenticité" et "modernité", avec tous les risques d'ambiguïtés que comporte une pareille entreprise.

Lors de sa conférence de presse du 18 juin 1984 (cf. **El-Moudjahid**, 19 juin 1984, **R.D.P.**, juin-juil. 1984, n. 285), le Ministre de la Justice, M. Boualem Baki, a voulu mettre en lumière les principes généraux du nouveau Code.

Parce que la famille est la cellule de base de la société, elle doit obéir aux mêmes règles morales que cette société. •Autrement dit, l'organisation législative de la famille algérienne ne saurait contredire l'ordre public. Or l'Algérie choisit un modèle de société gouverné par "une morale socialiste qui respecte les valeurs arabo-islamique du peuple algérien".

La famille organisée par le Code est donc une famille "légitime" au sens charaique, c'est-à-dire dont la légitimité est définie par la **shari'a**, donc une famille fondée sur le mariage. C'est donc une famille musulmane, obéissant à la morale familiale coranique.

Sous cet angle, on retrouve ici un principe posé par le discours politique actuel : parmi les comportements étrangers à la société algérienne, et constituant une certaine modernité, refuser "ceux qui portent atteinte à notre morale car ils sont contraires aux enseignements de notre religion et

remettent en cause notre identité culturelle" (cf. Sème Congrès F.L.N., Déc. 1983, Rapport du Secrétaire Général du Parti).

Parmi ces valeurs, relevons, outre la valorisation des liens fondés sur le mariage, le respect des hiérarchies, des solidarités familiales étendues; la certitude que la personne n'atteint à sa plénitude que dans la mesure où elle s'intègre dans la Communauté, en adoptant les valeurs et les préservant... En ce sens, la famille algérienne est aussi une famille patriarcale (cf. Art. 2 et 3 du CF).

Les auteurs du Code se disent aussi "résolument tournés" vers l'avenir et donc prêts à intégrer un certain nombre de situations nouvelles par le procédé de **l'ijtihad**, "effort de réflexion" pour trouver des solutions aux problèmes nouveaux. Ils ouvrent ainsi la porte à une famille de type "conjugale" et non plus patriarcale.

Tels sont les principes fondamentaux : fidélité à la tradition musulmane en même temps qu'ouverture à la modernité. Comment cette articulation assez laborieuse - les longues fluctuations qui ont précédé la naissance du Code en sont une preuve - se réalise-t-elle ?

- La fidélité à la tradition musulmane exprimée par le Coran ou par le Droit classique, est pleinement réalisée en plusieurs domaines ainsi que l'illustrent quelques exemples significatifs :
- Liste des empêchements à mariage, fondés sur la parenté, l'alliance et l'allaitement, qui reproduit intégralement celle de la sourate **Al-Nisâ'** (Cor 4, 22-24),
- Interdiction pour la musulmane d'épouser un non-musulman,
- Interdiction de l'adoption;
- Maintien du privilège de masculinité dans les successions;
- Survie du régime matrimonial de séparation des biens et son corollaire, le devoir pour le mari d'entretenir sa femme même fortunée...

Sur tous ces points, les auteurs de la Loi restent scrupuleusement fidèles à la démarche classique selon laquelle le Droit se référant à la Parole de Dieu, relève de la théologie plutôt que de la politique législative. Non plus législateurs, mais codificateurs de principes traditionnels, ils laissent en suspens certaines situations actuelles qui exigeaient que l'on crée du Droit. Ainsi par exemple, pour le régime matrimonial prendre en compte le fait que, aujourd'hui, en Algérie, nombre d'époux mettent en commun leurs revenus, se constituant un patrimoine commun indépendant de celui de la grande famille. Or, aucun texte ne permet de régler cette situation nouvelle.

- Volonté de prendre en compte des situations actuelles, cela est pourtant certain. Cette volonté transparaît de diverses manières, peut-être pas toujours à première lecture essentiellement sous formes de "brèches" qu'il appartient à la jurisprudence à venir d'ouvrir dans le sens de la modernité... ou... d'interpréter stricto sensu.

Ainsi, par exemple, l'organisation de la polygamie où, paradoxalement, l'on peut discerner la prise en compte de la montée de l'idée monogamique.

Ainsi encore l'organisation des rapports entre l'Etat et la famille, dont témoigne l'organisation de l'état-civil. S'il vaut mieux que le mariage soit conclu selon les règles de l'état-civil, aucune sanction n'est prévue à l'encontre de ceux qui se contentent du mariage coutumier...

L'intégration de la modernité est plus explicite en ce qui concerne la mixité internationale et interconfessionnelle, à propos de la garde des enfants notamment. Si l'enfant doit toujours être éduqué dans la religion de son père (art. 62), le juge peut autoriser le titulaire de la garde à s'installer à l'étranger, s'il est de l'intérêt de l'enfant que la garde ne soit pas transférée à une autre personne, le père-tuteur par exemple.

- Cette intégration est totale en matière de tutelle. Désormais, en cas de décès du père, la tutelle des enfants mineurs revient à la mère de plein-droit, sans restrictions aucune. C'est le triomphe de la famille conjugale.

## Conclusion.

Ce code réalise-t-il véritablement le projet de ses auteurs, une synthèse entre authenticité et modernité ? En Algérie, nombreux sont les sceptiques, modernistes autant que traditionalistes.

Certains pourtant, veulent y trouver les moyens d'une adaptation du Droit à ce qui constitue l'identité algérienne dominante. Cette adaptation est confiée désormais au juge qui reçoit de larges pouvoirs d'interprétation, fondés sur l'intérêt des personnes. La jurisprudence saura-t-elle donner au Droit algérien de la famille la souplesse et la dimension humaniste qui caractérisaient les interprétations des premiers **fuqahâ'**, avant la clôture des portes de l'**ijtihâd** ? Ces **fuqahâ'** si soucieux d'adaptation...

## II. LES GRANDES LIGNES DU NOUVEAU CODE ALGERIEN DE LA FAMILLE

*Maurice Borrmans*

L'Algérie vient de se doter enfin d'un Code de la Famille (**Qânûn al-Usra**) : après son adoption par l'Assemblée Populaire Nationale, le texte en a été promulgué le 9 ramadân 1404/9 juin 1984 et publié aussitôt au **Journal Officiel (1)**. Le lundi 18 juin, le Ministre de la Justice, M. Boualem Baki, en a présenté les grandes lignes au cours d'une Conférence de Presse (2), où il a eu tout le loisir d'en préciser la signification socio-juridique, d'en rappeler le caractère arabo-islamique et d'en souligner les dispositions évolutives.

L'Algérie est indépendante depuis le 5 juillet 1962 et vient de fêter le 30ème anniversaire de l'insurrection du 1er novembre 1954. Quels étaient alors les Statuts Personnels que connaissaient ses habitants en 1962 et quelles furent les lois et les réglementations qui en précisèrent et unifièrent bien vite les dispositions, sans pour autant jamais parvenir à un Code unifié comme en Tunisie et au Maroc, malgré les divers projets successivement mis en chantier, soumis à la critique et reportés aux calendes ? On ne peut, en effet, comprendre les orientations du nouveau Code qu'en fonction de ce passé et de ce contexte (3). On tentera donc d'évoquer ici l'étendue du "vide juridique" avant d'envisager, dans le détail, ce Code de la Famille qui comprend 224 articles, répartis selon le Plan suivant :

Dispositions générales (art. 1-3)

Livre 1<sup>er</sup> - Du mariage et de sa dissolution.

Titre 1 - Du mariage (**zawâj**)

- Ch. 1 - Du mariage et des fiançailles (**khitba**) (art. 4-8)  
Des éléments constitutifs (**arkân**) du mariage (art. 9-17)  
De l'acte (**'aqd**) et de la preuve (ithbât) du mariage (art. 1822)
- Ch. 2 - Des empêchements (**mawâni'**) au mariage (art. 23-31)
- Ch. 3 - Mariage (**nikâh**) vicié (**fâsid**) et mariage nul (**bâtil**) (art. 32-35)
- Ch. 4 - Des droits et obligations des deux conjoints (art. 36-39)
- Ch. 5 - De la filiation (**nasab**) (art. 40-46)

Titre 2 - De la dissolution (inhila) du mariage (art. 47)

- Ch. 1 - Du divorce (**talâq**) (art. 48-57)
- Ch. 2 - Des effets (âthâr) du divorce :  
De la retraite légale ('idda) (art. 58-61)  
Du droit de garde (hadâna) (art. 62-72)  
Des litiges (nizâ') relatifs aux effets du foyer conjugal (art. 73)

Titre 3 - De la pension alimentaire (**nafaqa**) (art. 74-80)

Livre 2ème - De la représentation légale (**niyâba shar'iyya**)

- Ch. 1 - Dispositions générales (art. 81-86)
- Ch. 2 - De la tutelle (**wilâya**) (art. 87-91)
- Ch. 3 - De la tutelle testamentaire (**wisâya**) (art. 92-98)
- Ch. 4 (De la curatelle (**taqdim**) (art. 99-100)
- Ch. 5 - De l'interdiction (**hajr**) (art. 101-108)
- Ch. 6 - Du disparu (**mafquûd**) et de l'absent (**ghâ'ib**) (art. 109-115)
- Ch. 7 - Du recueil légal (**kafâla**) (art. 116-125)

Livre 3ème - Des successions (**mirâth**)

- Ch. 1 - Dispositions générales (art. 126-138)
- Ch. 2 - Les catégories d'héritiers (art. 139-143)
- Les bénéficiaires de parts réservées (**ashâb al-furûb**) (art. 144-149)
- Ch. 3 - Les héritiers universels (**'âsib-s**) (art. 150-157)
- Ch. 4 - Cas particulier du grand-père (**jadd**) (art. 158)
- Ch. 5 - De l'éviction en matière successorale (**hajb**) (art. 159-165)
- Ch. 6 - La redistribution proportionnelle ('awl), le retour (radd) et le versement (daf) (aux parents utérins) (art. 166-168)
- Ch. 7 - L'institution et la substitution d'héritiers (**tanzil**) (art. 169-172)
- Ch. 8 - L'enfant à naître (**hawl**) (art. 173-174)
- Ch. 9 - Questions spéciales (art. 175-179)
- Ch. 10 - De la distribution des masses successorales (**tarikât**) (art. 180-183)

Livre 4ème - Des libéralités (**tabarru'ât**)

- Ch. 1 - Le testament (**wasiyya**) (art. 184-201)
- Ch. 2 - La donation (**hiba**) (art. 202-212)
- Ch. 3 - La constitution d'un bien de mainmorte (**waqf**) (art. 213-220)
- Ch. 4 - Dispositions finales (art. 221-224)

#### 1. "Le vide juridique qu'il convenait de combler".

En s'exprimant ainsi, le Ministre convenait que le problème était d'importance et qu'il avait fallu bien du temps pour le résoudre enfin grâce à ce Code. En effet, quelle était la situation des habitants de l'Algérie (autochtones et européens), peu avant l'indépendance ? Participaient alors au même Code Civil français (**Statut Commun**) les citoyens français de souche ou naturalisés en raison du **jus soli** algérien de même que les Algériens israélites devenus français par le Décret Crémieux (1870) ainsi que certains musulmans ayant acquis la citoyenneté française par décret (Sénatus-

Consulte de 1865) ou par jugement (Loi Jonnart de 1919 précisée par la Loi du 18 août 1929), de même que les descendants de ces derniers. Demeuraient assujettis à leur Statut Personnel propre (**Statut Local**) les Algériens musulmans qui se réclamaient de la **sharî'a** en son interprétation malékite ou selon la "voie ibâdite" et les habitants de la Grande Kabylie qui étaient demeurés attachés à leurs coutumes ancestrales. Quatre Statuts Personnels cohabitaient ainsi en Algérie, ce qui n'était pas sans engendrer bien des problèmes de mixité, juridique, sociale et religieuse !

Les Statuts Locaux avaient d'ailleurs connu une certaine évolution. Réservées aux seules personnes qui vivaient en Grande Kabylie ou qui en étaient originaires, les "coutumes kabyles", jamais codifiées, avaient cependant fait l'objet de quelques réformes partielles qui étaient de nature à les rapprocher du droit musulman ou du droit français : décret du 1er août 1902 sur la tutelle (qui y fixait l'âge de la majorité à 18 ans), loi du 2 mai 1930 réglementant "les fiançailles et le mariage kabyles", décret du 19 mai 1931 sur "le divorce et la succession", en vue d'y améliorer le statut de la femme. Quant au droit musulman sunnite, toujours présumé malékite, dont relevait la majorité des Algériens, il connaissait, depuis 1966, un **Avant-Projet de Codification**, plus souvent connu sous le nom de **Code Morand**, qui devait inspirer désormais la jurisprudence musulmane algérienne quant au statut personnel (263 art.), au statut successoral (226 art.), au statut réel immobilier (220 art.) et à la matière des preuves (79 art.). Les décrets du 12 août 1936 avaient, en outre, défini la majorité et aménagé la tutelle des mineurs de statut musulman (à l'exclusion des Kabyles et des Musulmans des Territoires du Sud) (4).

Au cours des "années de guerre" (1954-1962), le législateur franco-algérien avait encore introduit bien des réformes en ses Statuts Locaux. La **Loi du 11 juillet 1957**, à la suite de très longs débats à l'Assemblée Algérienne, avait porté "**réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman**" (174 art.). Cette loi ne concernait en rien les Algériens qui relevaient de la coutume kabyle ou du rite ibâdite (art. 173), mais déclarait caduques, pour tous les autres, les dispositions des décrets d'août 1936. Désormais, l'âge de la majorité était fixé à 21 ans pour quiconque relevait du droit musulman malékite et la tutelle s'y trouvait précisée et profondément modifiée, avec de nombreux emprunts au droit français, de sorte qu'elle y prenait un caractère délibérément familial tant au point de vue de l'administration tutélaire qu'à celui du contrôle familial. Le nouveau régime de l'absence, enfin, sans plus distinguer entre absent et disparu, intéressait tant les biens que les personnes puisqu'il énonçait les dispositions relatives au divorce judiciaire pour motif d'absence, sur requête de l'épouse (5).

**L'Ordonnance du 4 février 1959 "relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura, par les personnes de statut civil local"**, précisée par le **Décret du 17 septembre 1959 "portant règlement d'administration publique pour l'application de (celle-ci)"** et complétée par un **Arrêté** du Garde des Sceaux en date du 14 novembre 1959 énumérant les "**pièces à remettre à l'Officier d'Etat-Civil ou au Cadi en vue de la célébration des mariages entre des personnes de statut civil local**", s'efforçait d'aligner, pour l'essentiel, le mariage des Algériens musulmans sur celui des Tunisiens et des Marocains, tel qu'il se voyait défini et précisé par les nouveaux Codes de Statut Personnel de la Tunisie (13 août 1956) et du Maroc (fin 1957-début 1958). Applicable à tous les Algériens de statut local, hormis les cas de mariages conclus "selon le rite ibâdite" (art. 10), l'Ordonnance faisait oeuvre unificatrice en matière de mariage puisqu'elle abrogeait les lois qui avaient aménagé jadis la coutume kabyle en cette matière. Un âge minimum était fixé pour les conjoints, 18 ans pour le jeune homme et 15 ans pour la jeune fille (6), et leur union n'était formée que par leur seul consentement, sans que ne soit plus admise la moindre contrainte paternelle (**jabr**) ou la nécessité, pour la future, de recourir à un "tuteur (**wali**) matrimonial"; Il restait entendu que tout mineur devait avoir l'accord de son tuteur pour se marier. Ce consentement personnel des conjoints pouvait désormais être exprimé "en présence **de deux témoins majeurs, soit devant le cadi, soit devant l'officier d'Etat-Civil**", les futurs époux ayant même le droit de demander que celui-ci soit un fonctionnaire de confession musulmane.

Les innovations de cette même Ordonnance devenaient encore plus évidentes au chapitre de la dissolution du mariage puisque le législateur y stipulait que "le mariage, **hors le cas de décès, n'est dissous que par décision de justice**" (art. 6)., rendue, à la demande de l'un ou de l'autre conjoint, par le magistrat compétent. A côté "**des causes péremptoires**" imposant au juge le prononcé du divorce par suite d'un tort flagrant infligé par l'un des conjoints à l'autre (adultère ou condamnation, depuis le mariage, à une peine afflictive ou infamante), l'article 11 du Décret de septembre 1959 énumérait les cas où le juge se voyait reconnaître un pouvoir d'appréciation, le divorce étant sollicité soit par les deux conjoints à la fois (consentement mutuel), soit par l'un d'eux "**1° par excès, sévices et injures graves; 2° pour cause de disparition du mari; 3° par suite de la volonté unilatérale du mari de dissoudre le mariage, révélée au juge par l'un ou l'autre conjoint**". Dans ce dernier cas, le juge

avait également à statuer **"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"**. Ce faisant, le législateur franco-algérien pouvait donc se flatter d'avoir apporté de sérieuses réformes aux statuts personnels locaux tout en les unifiant déjà sur des points importants du droit familial (7). Il faut savoir que, pendant ce temps, les Commissions de Justice du Front de Libération Nationale (FLN) tendaient souvent à l'application intégrale du droit musulman malékite alors que ses Assemblées, qui devaient élaborer la Plate-forme de la Soummam (août 1956) et le Programme de Tripoli (juin 1962), affirmaient la nécessité de promouvoir **"un Etat algérien moderne, commun à tous les Algériens, dans le respect réciproque de leurs statuts personnels"** et reconnaissaient 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"**.

Qu'advint-il donc lorsque, l'indépendance acquise, la première Assemblée Nationale Constituante souveraine en vint à se prononcer sur la législation nécessaire en matière de droit familial et successoral ? Le 31 décembre 1962, elle promulgua une loi fondamentale qui tendait à la reconduction pure et simple, jusqu'à nouvel ordre, de la législation en vigueur au 31 décembre 1962, puisqu'elle devait se séparer et que les circonstances ne lui avaient pas permis de doter le pays d'une législation renouvelée. Une seule restriction était mise au maintien du **statu quo ante** : la législation antérieure était reconduite **"sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale"**. En promulguant cette loi, l'Assemblée faisait oeuvre de sagesse puisque le pays ne pouvait demeurer sans loi et que la restriction apportée sauvegardait assez la souveraineté du jeune Etat. Ainsi donc, par cette loi fondamentale, l'Algérie décidait-elle d'assumer tout son passé, lointain et récent, sans hiatus inutile : les lois antérieures relatives au Statut Personnel, y compris celles de 1957 et de 1959, entraient de plein droit dans la nouvelle législation tout comme la jurisprudence des années qui avaient précédé l'indépendance, de loin ou de près, était susceptible de devenir celle de l'Algérie indépendante.

Il apparut très vite que le Nouvel Etat entendait restaurer et promouvoir les **"valeurs arabo-islamiques"**. De fait, le **Code de la Nationalité algérienne** (27 mars 1963) donna la définition suivante 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), tout comme il reprit les dispositions de la Loi de juillet 1957, en stipulant **qu'"est majeur, au sens de la présente loi, toute personne, de l'un ou l'autre sexe, ayant atteint l'âge de 21 ans... suivant le calendrier grégorien"** (art. 3). Par la suite, la Constitution promulguée le 10 septembre 1963 déclara l'Islam **"religion de l'Etat"** (art. 4), en même temps qu'elle affirmait que **"la famille, cellule fondamentale de la société, est placée sous la protection de l'Etat"** (art. 17). Entre temps, la Loi Vve Khemisti-Stefanini, promulguée le 29 juin 1963, était intervenue sur deux points précis du Statut Personnel algérien : l'âge minimum habilitant les futurs conjoints à contracter mariage (**"l'homme avant 18 ans révolus et la femme avant 16 ans révolus ne peuvent contracter mariage"**) et le mode de preuve que l'Etat entendait requérir désormais pour celui-ci (**"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'Etat-civil"**). Plus tard, à la suite d'une **Fatwâ** du Ministère de l'Enseignement Originel et des Affaires Religieuses (8), l'Ordonnance du 22 septembre 1971 vint homologuer les mariages contractés **"à la musulmane"** (pendant la période de guerre et même après), dont la preuve était incertaine, incomplète ou impossible.

Parallèlement, les **Projets de Code** furent successivement envisagés, mais tous demeurèrent sans succès à cause du contraste grandissant entre les partisans d'une interprétation stricte du **Droit musulman** en la matière (au nom de l'authenticité et de l'Islam) et ceux d'une interprétation évolutive de ce même droit, en tant que **Droit algérien** (au nom du socialisme et de la modernité). Un **1er Projet** fut conçu à l'époque du Président Ben Bella (1962-1965), qui tenait même compte des Algériens non-musulmans. Après l'intervention "rectificatrice" du Président Boumediène (juin 1965), un **2ème Avant-Projet** fut mis en chantier et entièrement rédigé (109 art.), puisque le Chef de l'Etat y fit allusion le 8 mars 1966 et que le texte en fut diffusé en des cercles restreints (9) : participant de certaines audaces de la **Majalla** tunisienne et de nombreuses positions "orthodoxes" de la **Mudawwana** marocaine, ce nouveau Projet ne fit qu'exacerber les oppositions. Plus tard, une Commission Consultative fut constituée auprès du Ministre de la Justice, par le Décret du 8 octobre 1970, en vue de faciliter l'élaboration d'un **nouvel Avant-Projet** qui puisse satisfaire tout le monde. La presse locale signala, au cours de l'été 1971, que le nouveau texte était prêt : des exemplaires en furent soumis, pour critique, à de nombreux juristes et juges (438 art. pour le texte arabe et 448 art. pour le texte français). Mais les oppositions se cristallisèrent encore à son sujet et le texte demeura mort-né !

Entre-temps, Colloques et Séminaires se multipliaient, à l'ombre des Organisations nationales ou dans le cadre des Facultés de Droit (section francophone et/ou section arabophone), pour traiter de ce sujet, non sans graves incidents entre les partisans des deux tendances (10). On sait que le Président Boumediène promit, en son temps, la publication d'un Code de la Famille pour l'Année Internationale de la Femme (1975). Le fait est que l'Algérie préparait alors de nombreuses codifications (Code de la Santé, etc...) et qu'elle se dotait enfin de son nouveau **Code Civil** (1.003 art.), le 26 septembre 1975, lequel renvoyait explicitement au "Droit de la Famille" (art. 31, 774 et 775), sans que celui-ci ne donne encore signe de vie ! Qui plus est, l'Ordonnance du 5 juillet 1973 avait, entre-temps, abrogé la Loi du 31 décembre 1962 "**portant reconduction de la législation (alors) en vigueur**" et déclaré "**abrogés tous les textes antérieurs au 3 juillet 1962**". L'Algérie se trouvait ainsi faire face à un "vide juridique" dangereux, principalement en matière de Droit familial.

Le Code qui vient d'être promulgué est donc le fruit d'une longue attente et de travaux sans cesse repris, dans le cadre d'une Algérie qui a redéfini sa personnalité "arabo-islamique" et ses options socialistes et populaires. C'est après l'élection de l'Assemblée Populaire Nationale, en 1981, qu'une Commission fut créée en son sein pour étudier le nouveau Projet de Code de la Famille (11). Depuis lors, les interventions n'ont pas manqué, soit de la part des juristes et des Organisations de promotion de la femme (entre autres, l'Union Nationale des Femmes Algériennes) soit de la part des représentants des Affaires Religieuses et même de la Justice : les premiers en faveur d'un Code moderne et libérateur, les seconds en faveur d'un Code musulman et conservateur. Il aura donc fallu près de trois ans pour que ladite Commission, aidée de ses experts, parvienne enfin au compromis qu'est le présent Code. On s'en rendra facilement compte au cours de la présentation générale qu'il convient maintenant d'en proposer.

## 2. Le mariage et sa dissolution.

Le mariage (12) est un contrat (**'aqd**) dont la forme doit être légale (**shar'î**, conforme à la **shari'a**, la Loi islamique) : il fonde la famille (*usra*) sur l'affection et la mansuétude (**mawadda** et **rahma**) comme le prévoit le Coran 30, 21) et garantit l'exercice licite de la sexualité (**ihsân**) ainsi que la sauvegarde des lignages familiaux (**nasab-s**), toutes perspectives qui sont très conformes au Droit musulman classique (13).

### a) Le contrat de mariage.

"**La capacité de mariage** (sauf dispense du juge) **est réputée valide à 21 ans révolus pour l'homme et à 18 ans révolus pour la femme**" (art. 7), disposition qui s'insère dans le cadre d'une politique démographique qui refuse les mariages précoces. "Les deux conjoints doivent être exempts des empêchements légaux (**shar'î-s**)" (art. 23), lesquels correspondent à ceux qu'explicite le Droit classique, en conformité avec les exigences coraniques. Il y a les empêchements absolus (**mu'abbad-s**) : parenté (**qarâba**), alliance (**musâhara**) et allaitement (**radâ'**), et les empêchements temporaires (**mulaqqat-s**) que l'on sait : en effet, "les femmes prohibées (14) à ce titre sont : la femme déjà mariée (**muhsana**), la femme en période de retraite légale (**'idda**) à la suite d'un divorce ou du décès de son mari, la femme divorcée par trois fois ("par le même conjoint pour le même conjoint" précise la version française; l'article 51 en précise longuement les dispositions) et la femme qui vient en sus du nombre légalement (**shar'an**) permis" (art. 30). La polygamie jusqu'à quatre épouses en même temps est donc autorisée selon la lettre et l'esprit du Coran puisqu'"il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la **shart'a islâmiyya** si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité (**'adl**) réunies et après information préalable des précédente et future épouses" (art. 8) (15). Par suite, le Code rappelle qu'il est alors "interdit d'avoir pour épouses deux soeurs simultanément ou une femme et sa tante, paternelle ou maternelle" (art. 30). L'empêchement de disparité de religion (**ikhtilâf al-dîn**) est rappelé pour la seule musulmane qui "ne peut pas épouser un non-musulman", tandis que "le mariage des Algériens et des Algériennes avec des étrangers des deux sexes obéit à des dispositions réglementaires" (art. 31), transposition moderne de l'empêchement **d'ikhtilâf al-dâr**.

Le mariage est donc "**contracté par le consentement des futurs conjoints, la présence du tuteur (wali) matrimonial et de deux témoins ainsi que la constitution d'une dot**" (art. 9), l'échange des consentements correspondant à celui de l'**îjâb** et du **qabul** du Droit classique, au cours d'une même séance (**majlis**) où l'épouse n'a jamais à paraître mais doit être représentée par son "**tuteur matrimonial**" (père ou proche parent mâle) ou, à défaut, par le juge (art. 11) sans que, pour autant, ce tuteur puisse la contraindre au mariage : tout droit de **jabr** est aboli. La fixation d'une dot (**sadâq**) est obligatoire pour la validité du contrat : versée à la future par le mari, elle devient la propriété exclusive de la femme; conformément aux prescriptions du Coran (2, 237), celle-ci a droit à

toute la dot dès lors qu'il y a eu **"consommation du mariage ou décès du conjoint (avant consommation)"** (art. 16), **"mais elle a droit à la moitié de la dot en cas de divorce avant la consommation"**. Les deux témoins requis doivent être des hommes et **"l'acte de mariage est conclu devant un notaire (muwaththiq) ou un fonctionnaire légalement (qânûnan) habilité"** (art. 18). Une procédure d'enregistrement de l'acte à l'Etat-civil est prévue (art. 21) et c'est un extrait de cet enregistrement qui seul, désormais, a valeur de preuve. Les dispositions relatives aux causes de nullité du mariage rejoignent celles du Droit musulman classique avec la distinction hanafite entre mariage vicié (**fâsid**) et nul (**bâtil**).

#### b) Les effets du mariage.

Les droits et les obligations qui découlent du contrat de mariage pour l'un et l'autre conjoints correspondent également à ce que prévoit le Droit musulman. L'entretien (**nafaqa**) de l'épouse et des enfants incombe au seul chef de famille (art. 37) et les détails en sont donnés aux articles 74-80. Il est simplement signalé **qu'"en cas d'incapacité du père, l'entretien des enfants incombe à la mère lorsque celle-ci est en mesure d'y pourvoir"** (art. 76). Mais, en principe, **"l'épouse dispose de ses biens en toute liberté"** et peut **"visiter ses parents et ses proches, et les recevoir"** (art. 38); elle se doit, en même temps, d'"**obéir (tâta) à son mari**", d'en **"allaiter les enfants"** et d'en **"respecter les parents et les proches"** (art. 39).

**"La filiation (nasab) est établie par le mariage valide, la reconnaissance de paternité (iqrâr), la preuve (bayyina), le mariage apparent ou vicié (shubha) et tout mariage annulé après consommation (faskh)"** (art. 40). Conformément au Droit musulman classique, **"l'enfant est affilié à son père s'il net dans les dix mois suivant la date de la séparation ou du décès"** (art. 43). Il est, en outre, rappelé que **"l'adoption (tabanni) est interdite (yumna') par la shari'a et la loi (qânûn)"** (art. 46), ce qui laisse supposer qu'une certaine pratique juridique la considérait comme valide.

#### La dissolution du mariage et ses effets.

**"La dissolution du mariage intervient par le divorce ou le décès de l'un des conjoints"** (art. 47). Désormais, **"le divorce (talâq) ne peut être établi que par jugement précédé par une tentative de conciliation (sulh) du juge, qui ne saurait excéder un délai de trois mois"** (art. 49). Comment ce divorce intervient-il ? **"Par la volonté de l'époux (irâdat al-zawj), par consentement mutuel (tarâdi) ou à la demande (talab) de l'épouse dans la limite des cas prévus aux articles 53 et 54"** (art. 48). Dans le 1er cas, et puisque **"la reprise de l'épouse pendant la période de tentative de conciliation ne nécessite pas un nouvel acte de mariage"** (art. 50), il s'agit donc de la répudiation unilatérale que le Coran et le Droit classique reconnaissent comme un droit inaliénable du mari et qui est ici soumise à la juridiction gracieuse du juge : la seule innovation consiste, ici, à dépasser le simple octroi d'un "don de consolation" et à autoriser le juge à accorder à l'épouse des dommages et intérêts s'il **"constate que le mari a abusivement (ta'assuf) usé de sa faculté de divorce"** (art. 52). Dans le 2ème cas, il s'agit de la répudiation convenue, par compensation ou rachat, sur initiative de la femme (**khul'**), désormais soumise également à la juridiction gracieuse du juge (art. 54 en explicite d'ailleurs les modalités). Quant au 3ème cas, il est l'écho fidèle des prérogatives que l'Ecole malékite a toujours reconnu à l'épouse, à savoir de solliciter le divorce pour vice rédhibitoire (**'ayb**), défaut de paiement de la **nafaqa**, absence ou disparition du mari, ou mauvais traitement (**darar**) de la part de celui-ci (art. 53 et 54). **"En cas d'abandon du domicile conjugal"** (art. 55) par l'un des conjoints et **"en cas de mésentente grave (khisân)"** entre eux deux (art. 56), le juge peut prononcer le divorce, non sans avoir tenté, dans le 2ème cas, de recourir au comité d'arbitrage que recommande déjà le Coran (4, 35). Le Code précise enfin que **"les jugements de divorce ne sont pas susceptibles d'appel"** (art. 57).

S'agissant de la "retraite légale" (**'idda**), le Code s'en tient de très près aux textes coraniques : 4 mois et 10 jours pour la veuve (art. 59), 3 mois pour les divorcées n'ayant plus leurs menstrues et 3 "périodes" (**qurû'**) pour celles qui les ont (art. 58) : fidèle au Droit malékite, le Code précise, en sa version française, qu'il s'agit de "périodes de pureté menstruelle". Il reste entendu que pour la femme enceinte "la retraite légale dure jusqu'à sa délivrance", le Code fixant "la durée maximale de la grossesse à 10 mois à compter du jour du divorce ou du décès du mari" (art. 60).

Vis-à-vis des enfants, un **"droit de garde" (hadâna)** est alors reconnu à la mère ou à d'autres parents immédiats selon le système de dévolution que prévoit l'Ecole malékite en la matière et aux conditions précises que celle-ci met à son fonctionnement. Ce droit consiste "en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père, ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale" (art. 62). Fidèle à la tradition malékite, le Code stipule que "la garde d'enfant de sexe masculin cesse à 10 ans révolus et celle de l'enfant de sexe féminin à l'âge du mariage

(**sinn al-zawâj**"); le juge peut même "prolonger cette période jusqu'à 16 ans révolus pour l'enfant de sexe masculin" si la mère, gardienne, n'est pas remariée (art. 65). En tout conflit relatif au "droit de garde", il est rappelé que le juge doit considérer le seul intérêt (**maslaha**) de l'enfant.

### 3. La représentation légale.

La "représentation légale" (**niyaba shar'iyya**) tend à organiser la protection des incapables : "Toute personne complètement ou partiellement incapable (faqid ou nâqis al-ahliyya), du fait de son jeune âge (saghir), de sa démence (majnûn), de son imbecilité (ma'tûh) ou de sa prodigalité (saf/h), est légalement représentée par un tuteur légal ou testamentaire ou un tuteur datif, conformément aux dispositions de la présente loi (qânûn)" (art. 81). Fidèle à l'esprit du Droit musulman, le Code reconnaît comme valide les actes du mineur (qâsir) qui a atteint l'âge de discernement (**sinn al-tamyiz**, fixé à 16 ans par le Code civil, art. 42) dans la mesure où ils lui sont profitables (nâfi'a) (art. 82-83). C'est à 19 ans que l'on devient majeur "pour l'exercice de ses droits civils", en Algérie (art. 86 renvoyant à l'art. 40 du Code civil).

**La "tutelle ordinaire" (wilaya) est assurée par le père mais, fidèle en cela à la Loi du 11 juillet 1957, le Code stipule qu'"à son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit (qânûnan)" (art. 87). "Le tuteur est tenu de gérer les biens de son pupille au mieux de l'intérêt de celui-ci. Il est responsable au regard du droit commun" (art. 88) et a parfois besoin de l'autorisation du juge, mais le Code est des plus concis quant à l'exercice de la tutelle simple. La "tutelle testamentaire" (wisâya) est organisée conformément au Droit classique : "L'enfant mineur peut être placé sous l'administration d'un tuteur testamentaire par son père ou son grand-père au cas où cet enfant est orphelin de mère ou si l'incapacité de cette dernière est établie par tout moyen de droit" (art. 92), et ce tuteur testamentaire "doit être musulman, sensé, pubère, capable, intègre et bon administrateur" (art. 93). Toujours fidèle à la Loi de 1957, le Code organise encore la "curatelle" (taqdtm) dans l'intérêt de l'enfant : **"le curateur est la personne désignée par le tribunal, à défaut du tuteur légal ou testamentaire, pour l'administration d'une personne complètement ou partiellement incapable, à la demande de l'un de ses parents, de toute personne y ayant intérêt ou du ministère public"** (art. 99).**

**Si tout "mineur" (saghir) est sous l'une de ces trois tutelles, lui est assimilée, pour "interdiction" (hajr), "toute personne majeure atteinte de démence, d'imbecilité ou de prodigalité ou jet à l'un de ces états" (art. 101). Le Code fournit toutes précisions quant au jugement d'interdiction, à ses effets et à sa levée. De par ailleurs, il assimile au "disparu" (mafqud) l'"absent" (ghâ'ib) "empêché durant une année par des raisons de force majeure de rentrer à son domicile ou de reprendre la gestion de ses affaires par lui-même ou par l'intermédiaire d'un mandataire et dont l'absence cause des dommages à autrui" (art. 110) : il appartient au juge de prononcer le jugement d'absence (ce qui autorise l'épouse à solliciter le divorce pour ce motif, art. 112) "à la demande de toute personne y ayant intérêt ou du ministère public" (art. 114).**

Puisque le Code déclare invalide toute forme d'"adoption" (tabanni) au sens strict, il organise, à sa place, le "recueil légal" (kafâla) qui lui correspond sous bien des aspects financiers, sociaux et psychologiques, mais sans qu'il n'en découle jamais le moindre effet juridique au titre de la famille. "Le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal ('aqd shar't)" (art. 116). Comme on le voit, c'est une pure "libéralité" (tabarru') qui demeure conforme à la Loi islamique : il y faut le consentement de l'enfant "quand celui-ci a un père et une mère" (art. 117), "le titulaire du droit de recueil légal (kâfil) doit être musulman, sensé, intègre, à même d'entretenir l'enfant recueilli et capable de le protéger" (art. 118) et "l'enfant recueilli doit garder sa filiation d'origine (nasab asl) s'il est de parents connus" (art. 120). "Le recueil légal confère à son bénéficiaire la tutelle légale et lui ouvre droit aux mêmes prestations familiales et scolaires que pour l'enfant légitime (walad asl)" (art. 121). Ce faisant, le "recueil légal" ouvre de larges possibilités juridiques à l'habitude maghrébine de prendre en charge des neveux et nièces ou autres enfants devenus orphelins.

### 4. Le droit successoral et les libéralités.

Les "successions" (mIrâth), dans le présent Code, restent fidèles aux dispositions du Droit musulman en son interprétation malékite, même si certaines améliorations sont à signaler. Les "dispositions générales" sont des plus classiques : en effet, la "vocation héréditaire" (irth) est assurée par la "parenté" (qarâba) et la "qualité de conjoint" (sawjiyya) (art. 126), par suite de la simple conclusion du contrat de mariage (art. 130), mais à condition qu'on ne soit "pas atteint d'une incapacité

de succéder" ('adam wujûd mâni' min alirth) (art. 128). On est "exclu de la vocation héréditaire" si l'on est coupable d'homicide volontaire, directement ou indirectement, sur la personne du de cujus (art. 135), si l'on est "frappé d'anathème" (li'âm) ou si l'on est "apostat" (ridda) (art. 138), le li'ân faisant allusion au "désaveu de paternité selon les procédures légales (turuq mashrû'a)" qu'envisage l'article 41 sans plus de précision. En cas d'homicide involontaire, la part d'héritage est maintenue, mais réduite puisqu'on en doit défalquer le montant du "prix du sang" (diya ou rançon) ou des "dommages et intérêts" (tatwid) (art. 137).

Les catégories d'héritiers sont de trois ordres : **"1° les héritiers réservataires (ashâb al-furûd); 2° les héritiers universels ou agnats/agnatisés ('asaba); 3° les héritiers-parents par les femmes (dhawû 1-arhâm)"** (art. 139), ce qui introduit dans le Code une disposition typiquement hanafite.

Les **"héritiers réservataires"** sont ceux dont la part est prévue par le Coran et la **"Loi islamique" (shar')**, allant de la moitié au quart ou au huitième, ou bien des deux tiers au tiers ou au sixième (art. 143), suivant que l'on est le père, le grand-père paternel et l'un de leurs ascendants, le frère utérin et aussi le frère germain selon le cas **al-'Umariyya**, ou bien la fille, la petite-fille par le fils et l'une de leurs descendants, la mère, l'épouse, la grand-mère (tant paternelle que maternelle) et l'une de leurs ascendantes, la soeur germaine, la soeur consanguine ou la soeur utérine (art. 141-142). Par la suite, le Code passe en revue ces divers **"héritiers réservataires"** au titre des prescriptions coraniques (Coran 4, 11-12; 4, 33; 4, 176), en précisant tour à tour quels sont ceux et celles qui ont droit à la moitié (art. 144), au quart (art. 145) ou au huitième (art. 146), aux deux tiers (art. 147), au tiers (art. 148) ou au sixième (art. 149).

Les **"héritiers universels"** ou agnats/agnatisés sont ceux qui sont appelés à se partager le reste de la masse successorale lorsque les précédents ont pris leurs parts (art. 150). Ils sont **"héritiers universels par eux-mêmes, ou par un autre, ou en concurrence avec un autre"** (art. 151). Dans le **1er cas**, il s'agit de parents mâles par les mâles, répartis en quatre catégories : les fils, petits-fils par les fils et leurs descendants; le père, le grand-père paternel et leurs ascendants; les frères germains et consanguins, et leurs descendants; les oncles paternels, ceux du père et ceux du grand-père, ainsi que leurs descendants. Chaque catégorie supérieure évince les autres catégories; à l'intérieur de chacune, le degré le plus proche évince les degrés plus éloignés; à l'intérieur de chaque degré, le titre de parenté le plus étroit évince les autres (art. 152-154). Dans le **2ème cas**, il s'agit de femmes qui se voient assimilées à des agnats par suite de la présence d'un frère (celui-ci recevant une portion équivalente au double de celle que reçoit sa soeur, conformément à Coran, 4, 11 et 176) : la fille, la petite-fille par le fils, la soeur germaine et la soeur consanguine (art. 155). Dans le **3ème cas**, il s'agit de femmes (soeur germaine, puis soeur consanguine) qui sont appelées à hériter à titre d'agnats, en concurrence avec certaines héritières, telles que des filles ou des petites-filles par le fils, en l'absence d'un frère de même degré ou en l'absence du grand-père (art. 156-157).

Les diverses situations héréditaires du grand-père paternel sont énumérées à l'article 158. Les dispositions relatives à l'**"éviction" (hajb)** sont ensuite précisées, suivant qu'elle est **"partielles" (nuqsân)** (art. 160 : cinq cas) ou **"totale" (isqât)** (art. 161-165). Qu'arrive-t-il si la somme des parts attribuables aux **"héritiers réservataires"** dépasse l'unité ? On opère alors une **"réduction proportionnelle" ('awl)** au prorata des parts réservées à chacun (art.

Qu'arrive-t-il si, après octroi des parts attribuables aux **"héritiers réservataires"**, il n'y a pas d'**"héritiers universels au titre de la parenté (nasab)"** (16) ? Le reste fait **"retour" (radd)** aux **"héritiers réservataires"**, à l'exclusion du conjoint, et cela au prorata des parts réservées à chacun (art.

L'innovation du Code réside ici en l'octroi de ce reste, au titre du **"retour"**, au conjoint survivant dès lors qu'il n'y a ni **"héritier universel"**, ni aucun autre **"héritier réservataire"**, ni aucun **"héritier-parent par les femmes"** (art. 167). En effet, si ceux-ci existent, ils disposent alors de ce reste, dans l'ordre des catégories et des degrés qui ont priorité entre petits-fils par la fille et leurs descendants, arrière-petits-fils par la petite fille, etc... (art.

De par ailleurs, ces **"héritiers-parents par les femmes"** sont appelés à hériter de toute la masse successorale dès lors qu'il n'y a ni **"héritier réservataire"** ni **"héritier universel"**. Ce n'est qu'à défaut de ces trois catégories d'héritiers que la succession fait retour au **Trésor Public** (art. 180).

Il existe enfin en faveur d'héritiers qui seraient éventuellement évincés par suite du décès prématuré de leur auteur par rapport au **de cujus** (par exemple : petit-fils d'un fils prédécédé) une **"institution d'héritiers" (tanzil) "obligatoire" (wâjib)**, dont le montant correspond à la part qu'aurait prise leur auteur s'il était demeuré en vie, mais sans que cela puisse jamais dépasser le tiers de la masse successorale (art. 169-170). Ce faisant, le Code adopte la technique juridique du **"testament obligatoire" (wasiyya wâjiba)**, mais en la maintenant dans des limites très strictes, puisqu'il ajoute bien des conditions à l'obtention d'un tel droit, tout en y maintenant la différence du double au simple entre la part des héritiers et celles des héritières.

Des précisions subsidiaires sont fournis quant à l'enfant à naître et appelé à hériter (art. 173-174), tout comme des cas particuliers sont alors résolus quant aux conflits de droits et de parts entre héritiers concurrents; il s'agit des "cas" qu'envisage la Tradition malékite; le cas dit al-Akdariyya/al-Gharrâ' (175), le cas dit al-Mushtaraka (art. 176), le cas dit al-Gharrâwâni (art. 177), le cas dit al-Mubâhala (art. 178) et le cas dit al-Minbariyya (art. 179). Quant à l'apurement de la "masse successorale" (tarika), il est rappelé qu'elle ne saurait survenir qu'après les frais d'enterrement, le paiement des dettes et l'exécution du testament. Des "dispositions générales" sont enfin rappelées à propos des héritiers "mineurs" (art. 180-182).

Le Livre 4 est consacré aux **"libéralités" (tabarru'it)**. Il y a d'abord le **"testament" (wasiyya)** (art. 184-201) auquel est ramenée toute **"libéralité"** accomplie pendant la dernière maladie (Code Civil art. 776-777, repris ici par l'article 204). Conformément au Droit musulman, il ne saurait jamais dépasser le tiers des biens disponibles, **"sauf accord des héritiers"** (art. 185). Le testateur doit jouir de toutes ses facultés et avoir atteint l'âge de 19 ans révolus (art. 186). Quant au légataire, il en est précisé les qualités et les droits (art. 187-189). L'objet (art. 190) et la preuve (art. 191) du testament sont précisés par des **"dispositions supplémentaires"** (art. 192-201) qui autorisent, entre autres, le testament d'usufruit illimité (valide jusqu'à la mort du légataire). L'article 200, enfin, énonce utilement que **"le testament est valide alors qu'il y a différence de religion (ikhtilâf al-dîn)"** entre le testateur et le légataire.

Il y a ensuite la "donation" (hiba) (art. 202-212) qui correspond assez bien aux dispositions du Droit classique, avec les diverses possibilités de révocation qui sont reconnues aux "père et mère" donataires (art. 211). Il y a enfin la "constitution d'un bien de mainmorte" (waqf) (art. 213-220) : c'est "le séquestre d'un bien quelconque, échappant désormais à l'appropriation (privée), en faveur d'une personne quelconque, pour une durée sans fin (ta'bid) et dans une intention de bienfaisance (tasadduq)" (art. 213). Dans le cadre de ce "waqf familial" et conformément à l'interprétation hanafite d'Abû Yûsuf, le "constituant" (wâqif) peut se réserver l'"usufruit" (manfa'a) du dit bien jusqu'à son décès (art. 214). Les dispositions générales du waqf rejoignent celles de la "donation" et du "testament" : les conditions éventuelles doivent être conformes à la Loi (shar').

### Conclusion.

Tel est le Code de la Famille dont l'Algérie arabo-musulmane vient de se doter. L'article 221 stipule que **"cette loi (qânûn) est applicable à tous les citoyens algériens (17) et à tous ceux qui, ne l'étant pas, résident sur le territoire algérien, tout en tenant compte des dispositions du Code Civil"**. Quant à l'article 222, il confirme l'aspiration coranique et islamique que le présent commentaire a fait apparaître plus d'une fois, puisqu'il énonce que **"partout où la présente loi (qânûn) est silencieuse, on se réfèrera aux dispositions de la Loi (shari'a) islamique"**. Qui plus est, **"sont abrogées toutes les dispositions qui seraient contraire à la présente loi (qânûn)"** (art. 223).

Il apparaît ainsi que le Code algérien de la Famille s'inscrit dans le cadre plus vaste de l'affirmation nationale d'un retour aux valeurs arabo-islamiques. Hésitant souvent entre les positions novatrices de la **Majalla** tunisienne et les dispositions conservatrices de la **Mudawwana** marocaine, reprenant parfois à son compte certaines améliorations juridiques que le pays avait connues avant son indépendance, le présent Code tente un difficile compromis tout en maintenant une expression arabe des plus conformes au vocabulaire du Coran et du Droit musulman classique. Qu'en fera demain la jurisprudence ? Un Code ne vaut que par les gens qui le vivent et les juges qui l'interprètent : tout cela est le secret des années qui viennent. Il n'est donc pas sans intérêt de demeurer attentif aux évolutions de la jurisprudence algérienne en la matière, dans la mesure où elle est publiée, pour mieux savoir quel avenir est réservé au présent Code.

### III. LE NOUVEAU CODE ALGERIEN DE LA FAMILLE DANS L'ENSEMBLE DES CODES MUSULMANS DE STATUT PERSONNEL

*Maurice BORRMANS, PISAI, Rome*

Comment situer le nouveau Code algérien de la Famille (**Qânûn al-usra**) dans l'ensemble des Codes Musulmans de Statut Personnel, principalement dans les pays arabes ? La question n'est pas sans importance, ne serait-ce que pour savoir si l'Algérie a tenu compte de l'expérience des autres et surtout pour s'interroger sur les tendances plus ou moins évolutives du texte récemment promulgué à Alger.

Si, d'une part, le Code algérien de la Famille du 9 juin 1984 est le premier du genre en Algérie, il s'insère, d'autre part, dans le vaste processus de codification du Statut Personnel que connaissent les pays arabo-musulmans depuis près d'un siècle. Or, dans ce domaine qui touche de très près au texte fondateur du Coran, codifier apparaît déjà comme une innovation de taille, puisque c'est interpréter en termes précis et en formules limitatives l'ensemble des dispositions juridiques de la Loi islamique (**Sharita**) qui, jusque là, restaient susceptibles de multiples interprétations à travers les méthodes plus ou moins souples de **l'ijtihâd** des juges. Certes, il ne saurait ici s'agir de la codification de la Loi musulmane hanafite sur la famille et la succession, connue en Egypte sous le nom de **Code de Qadri Pacha** (1875) : elle n'y fut jamais promulguée ni appliquée, bien qu'elle y ait inspiré très souvent les travaux subséquents ainsi que la jurisprudence égyptienne. Il ne saurait, non plus, s'agir de l'avant-projet de code de droit musulman algérien, dit **Code Morand** (1916), qui ne fut jamais promulgué à Alger, bien qu'il ait souvent inspiré la jurisprudence algérienne.

Voici donc, dans l'ordre chronologique de leur promulgation, les Codes ou les Lois auxquels on se réfèrera aux cours des comparaisons que l'on établira ici à propos des questions les plus importantes du Statut de la Famille dans l'Islam arabe d'aujourd'hui.

- 1917 - **Loi ottomane sur la famille (Majalla)** promulguée, puis abrogée en Turquie dès 1919, ainsi qu'en divers pays arabes. Elle inspire encore et est toujours en vigueur au Liban et en Israël, quand il s'agit des citoyens de confession musulmane sunnite.
- 1919 - **Loi égyptienne sur l'entretien (nafaqa)**. 1926-27 - Promulgation du Code turc.
- 1929 - **Loi égyptienne sur le divorce judiciaire**.
- 1931 - **Règlement égyptien quant à l'âge minimum du mariage**. 1937 - Chari'at Act, en Inde britannique.
- 1939 - Dissolution of Muslim Mariages Act, en Inde britannique.
- 1943 - **Loi égyptienne sur les successions ab intestat**. 1946 - **Loi égyptienne sur le testament**.
- 1951 - **Loi jordanienne sur les droits familiaux**. 1953 - **Loi syrienne du statut personnel**.
- 1955 - **Loi égyptienne portant unification des tribunaux de statut personnel**.
- 1956 - **Code du statut personnel tunisien (Majalla)**, complété par la suite par divers chapitres et de multiples lois (Adoption).
- 1957 - **Loi algérienne portant réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman**.
- 1957-58 - Promulgatio, per partes, et entrée en vigueur du **Code de statut personnel marocain (Mudawwana)** (CM).
- 1959 - **Loi irakienne du statut personnel**.
- 1959 - **Ordonnance algérienne sur le mariage et le divorce**.
- 1961 - Muslim Family Law Ordinance, Pakistan.

1962 - Code malien sur le mariage et la tutelle.

1962 - **Loi algérienne reconduisant la législation antérieure.**

1963 - **Loi algérienne sur l'âge minimum au mariage (Loi Khémisti-Stefanini).** 1964 - Lois relatives à la famille, etc... en Côte d'Ivoire.

1971 - Les Law of Marriage Act (Tanzania).

1972 - Code de la famille (Sénégal).

1974 - Law n° 1, 1974, on Marriage (Indonesia).

1975 - **Family Law (Somalia).**

1975 - **Amendements à la loi syrienne du statut personnel.**

1976 - Promulgation, en **Jordanie**, d'un **Code de Statut Personnel** (abrogeant la loi de 1951).

1979 - **Décret-loi égyptien modifiant certaines dispositions des lois du S.P.** 1984 - **Code algérien de la famille (CA).**

1984 - **Code kuwaitien de Statut personnel.**

1. Quel est l'âge minimum de la capacité matrimoniale ?

Alors que le Droit musulman classique envisage toujours le mariage des mineurs et y autorise même un droit de contrainte exercé par le père ou tout autre agnat intéressé, le CA a fixé un âge minimum de 21 ans pour l'homme et de 18 ans pour la femme (l'Ordonnance de 1959 le fixait respectivement à 18 et 15 ans, et la Loi de 1963 respectivement à 18 et 16 ans). Cela place désormais l'Algérie parmi les pays les plus exigeants en la matière. En effet, en vue du mariage, il est requis de l'homme qu'il ait 16 ans (Jordanie), 17 ans (Kuwait), 18 ans (Egypte, Maroc, Syrie, Irak), 20 ans (Tunisie) ou 21 ans (Algérie), et de la femme qu'elle ait 15 ans (Jordanie, Maroc, Kuwait), 16 ans (Egypte), 17 ans (Syrie, Tunisie) ou 18 ans (Irak, Algérie).

2. Qu'en est-il désormais de la permission polygamique ?

Si la polygamie (**ta'addud al-zawjât**) est interdite à peine de nullité en Tunisie (certainement depuis 1964), elle demeure autorisée partout ailleurs, quoique soumise à certaines conditions puisque le Coran, dans ce cas, exige du mari qu'il soit équitable entre ses épouses : si cette condition d'équité est laissée à la libre appréciation du mari, en son for et conscience (et c'est le cas de l'Algérie, comme aussi du Maroc, du Kuwait et de la Jordanie), elle est par contre soumise à l'appréciation du juge et à son autorisation en Irak et en Syrie. Le seul frein que le CA ait mis à la permission polygamique est celui-là même qu'envisagent le CM et le Décret égyptien de 1975 : la 1ère épouse doit être informée du 2ème mariage projeté (et donc accepter de devenir co-épouse) et la 2ème épouse doit être mise au courant du mariage déjà existant (et donc accepter, elle aussi, de devenir co-épouse). Si l'une ou l'autre n'a pas été informée de cette réalité, elle est habilitée à requérir le divorce pour dol évident et/ou préjudice grave. Seul le Code marocain envisageait une garantie supplémentaire : la condition de monogamie incluse dans le contrat, avec "droit d'option" en cas de non-respect de celle-ci. Autorisant ainsi la polygamie, le CA se devait donc de maintenir, tout comme les autres codes sauf le tunisien, l'empêchement secondaire qui interdit "tout mariage simultané avec deux femmes qui, si l'une d'elles avait été de sexe masculin, se serait vu interdire le mariage avec l'autre (pour empêchement de parenté ou d'alliance).

3. La différence de religion (ikhtilâf al-din) demeure-t-elle un empêchement au mariage ?

Le CA se veut ici fidèle au Droit musulman classique, tout comme les autres codes arabo-musulmans contemporains (sauf le tunisien qui demeure silencieux à ce sujet, mais on sait qu'une jurisprudence restrictive y rejoint la position du Droit classique) : il interdit donc le mariage de la musulmane avec le non-musulman, sous-entendant par là-même que le musulman peut épouser une non-musulmane, sans en définir le statut confessionnel, alors que certains codes précisent qu'elle doit, dans ce cas, appartenir à une "religion révélée" (Irak, Jordanie, Kuwait). Qui plus est, réinterprétant

peut-être en sa faveur un empêchement (relatif) pour "différence de pays" (**ikhtilâf al-dâr**), le CA reprend les dispositions du Code de l'Etat-civil de 1970 et déclare que "le mariage des Algériens et des Algériennes avec des étrangers est soumis à des dispositions réglementaires."

#### 4. Qu'advient-il de l'empêchement classique de "triple répudiation/divorce" ?

Ici encore, le CA rejoint tous les codes arabo-musulmans contemporains (hormis le tunisien qui en a fait un empêchement définitif) et stipule avec eux qu'il est "interdit de reprendre en mariage l'épouse répudiée/divorcée trois fois successivement tant qu'elle n'a pas observé la période de continence (**'idda**) consécutive à un nouveau mariage conclu avec un tiers et dissous après consommation".

#### 5. La future épouse doit-elle encore recourir à un tuteur matrimonial ?

Conformément à l'interprétation malékite du Droit musulman classique, le CA, à l'instant des Codes marocain et koweïtien, maintient l'obligation du recours à un tuteur matrimonial (le parent agnat le plus proche) pour représenter d'office la future lors de la séance contractuelle et y exprimer son libre consentement. Si dont le consentement de la future est désormais requis expressément, à peine de nullité, comme le stipulent tous les codes arabo-musulmans contemporains, encore faut-il qu'il soit exprimé par ce tuteur matrimonial. Qui plus est, à la différence du Code marocain qui ne tolère le droit de contrainte que dans le cas de mauvaise conduite (**fasâd**) de la jeune fille, le CA reconnaît, fort étrangement, que "le père peut s'opposer au mariage de sa fille vierge si tel est l'intérêt de la fille".

#### 6. Qu'en est-il de la forme et de la preuve du mariage ?

Le CA, avec les autres codes arabo-musulmans contemporains, maintient les conditions essentielles que requiert le Droit classique : demande et acceptation exprimées au cours d'une même séance contractuelle où le futur époux et le tuteur matrimonial échangent les consentements des parties en présence de deux témoins, la dot et son montant étant alors déterminés dans le contrat lui-même. Telle est la forme du mariage dont la preuve est assurée par l'acte conclu devant un notaire ou un fonctionnaire légalement habilité, qui assure la transcription à l'état-civil. Ce faisant, le CA ne fait que s'aligner sur tous les codes contemporains, soucieux de formalisme et de preuve écrite administrative, restant entendu que, pour lui, ces dispositions sont requises **ad probationem**, tandis que le Code tunisien les requiert **ad validitatem**.

#### 7. Que devient désormais la tutelle (wilâya) et qui l'exerce ?

A l'instar des autres codes arabo-musulmans contemporains, le CA établit la filiation (c'est-à-dire la relation de légitimité vis-à-vis du père seul) en se fondant sur la preuve par le mariage valide (présomption) ou, à son défaut, sur la reconnaissance de paternité. A la différence de tous les autres codes (qui n'accordent la tutelle qu'au père puis à l'agnat le plus proche, la mère ne pouvant intervenir que comme tutrice testamentaire), mais à l'imitation peut-être du Code tunisien modifié en 1981 qui stipulait que "la tutelle est exercée de droit sur l'enfant mineur par le père, puis par la mère, puis par le tuteur testamentaire", le CA - fidèle en cela aux évolutions introduites par la Loi de 1957 - énonce que "le père est le tuteur de ses enfants mineurs. A son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit". C'est là une innovation des plus importantes, que renforce singulièrement les liens de la famille au sens restreint du terme.

Signalons cependant que, pour résoudre le difficile problème des orphelins de naissance et des enfants abandonnés, le CA s'est contenté d'organiser une "tutelle officieuse" (**kafâla**), conformément aux possibilités du Droit classique, en refusant d'imiter le législateur tunisien et sa loi sur l'adoption (on sait que l'adoption est refusée par l'Islam).

#### 8. Y a-t-il parallèlement quelque évolution du droit de garde (hadâna) ?

Le "droit de garde", démembrement partiel de l'autorité parentale en vue de garantir à l'enfant en bas âge les soins maternels que seule une femme peut lui fournir, était conçu par le Droit classique comme un droit de la mère ou de sa parentèle. Le CA, à l'instar de beaucoup de codes contemporains, le considère désormais comme un droit de l'enfant : c'est l'intérêt de celui-ci qui est pris en compte par la loi et par le juge. Sans aller jusqu'à déclarer, comme le Code tunisien, que "la garde appartient durant le mariage aux père et mère" et qu'elle est "confiée au conjoint survivant si le mariage est

dissous par décès", le CA maintient le droit primordial de la mère et de sa parentèle, mais inclut le père parmi les dévolutaires du droit de garde - fidèle en cela à l'interprétation malékite du Droit classique - et reprend toutes les dispositions de celui-ci pour mieux assurer "l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi que la sauvegarde de sa santé physique et morale".

Pour la durée du temps de garde, à la différence des codes du Moyen-Orient qui sont d'inspiration hanafite et la réduisent singulièrement, le CA se fait proche des codes d'inspiration malékite (puberté pour le garçon, consommation du premier mariage pour la fille) : c'est 10 ans, voire 16 ans, pour le garçon et c'est l'âge du mariage pour la fille. On sait que le code tunisien n'y met aucune limite d'âge, d'autant plus que tutelle et garde y sont exercées par la même personne dès lors que le mariage est dissous par décès d'un conjoint (comme c'est aussi le cas en Algérie, désormais). La différence de religion n'est même pas envisagée par le CA, alors qu'elle engendre, dans les codes marocain et tunisien, la réduction de la durée de la garde à 5 ans, dès lors que la gardienne n'est pas la mère.

#### 9. L'homme algérien peut-il encore recourir à la répudiation (talâq) ?

Fidèle au Coran qui est son texte fondateur, le Droit musulman classique a tenté de discipliner, au cours de son histoire, le pouvoir discrétionnaire qu'il reconnaît à tout mari musulman de pouvoir répudier son épouse quand et comme il veut, sans avoir jamais à justifier son acte. Les Codes modernes du Kuwait, de l'Irak, de la Syrie, de la Jordanie et du Maroc, comme la Loi égyptienne de 1929, consacrent de nombreux articles aux multiples formes de répudiation classique, qu'elle soit pure et simple (**talâq**), révocable ou irrévocable (irrévocable imparfaite ou parfaite), ou qu'elle soit une répudiation convenue (**khul'**) sur requête de l'épouse elle-même et contre rachat. Le tribunal, civil ou charalque, n'intervient alors, au maximum, que pour enregistrer l'acte librement décidé par le mari répudiateur, après s'être assuré que celui-ci remplit les conditions requises à la validité de l'acte ainsi posé.

Le CA est allé plus loin, parce que, sans doute, la législation antérieure lui en avait donné les possibilités. Il n'a cependant pas rejoint le Code tunisien dans sa volonté de totale et parfaite égalité entre les conjoints quant à l'initiative du divorce, puisque celui-ci stipule que "le tribunal prononce le divorce : 1° en cas de consentement mutuel des époux; 2° à la demande de l'un des époux en raison du préjudice qu'il a subi; 3° à la demande flu mari ou de la femme". Selon le CA, en effet, si le divorce ne peut plus être établi que par jugement du tribunal (ce qui éliminerait donc la répudiation de type classique), la dissolution du mariage intervient alors "soit par la volonté du mari, soit par consentement mutuel des deux époux, soit à la demande de l'épouse dans la limite des cas" qui seront évoqués plus loin. Les deux premiers types de divorce correspondent certes à la répudiation pure et simple et à la répudiation sur requête de l'épouse, mais l'innovation réside alors en la nécessité de recourir au tribunal pour y obtenir sentence du juge. Ce dernier exerce-t-il alors une juridiction gracieuse ou contentieuse ? Le texte semble incliner en ce dernier sens, puisque le juge se doit de procéder à une tentative de conciliation, dont le délai ne saurait d'ailleurs jamais excéder 3 mois, et qu'il lui est reconnu le droit de condamner le mari à verser des dommages et intérêts à l'épouse ainsi divorcée/répudiée. Le seul frein que le CA mettrait alors à la volonté unilatérale de l'époux de mettre fin à la vie conjugale serait le droit qu'il reconnaît à l'épouse, comme en droit syrien, de recourir au juge si son mari use abusivement de sa faculté de divorce.

#### 10. Quelles peuvent-être alors les causes actuelles de divorce ?

A l'instar de tous les autres codes arabo-musulmans contemporains qui ont adopté, en ce domaine, les causes que reconnaît, en faveur de la femme, l'interprétation malékite du Droit musulman classique, et à la différence du Code tunisien qui n'en précise plus le détail, le CA autorise donc l'épouse à demander le divorce pour défaut de paiement de la pension alimentaire, pour vice rédhibitoire chez le mari, pour absence plus ou moins prolongée du mari et pour préjudice ou mésentente caractérisée. Le CA y ajoute même le refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de 4 mois ou toute faute immorale gravement répréhensible. Abien le lire, d'ailleurs, le mari ne serait plus habilité à demander le divorce pour vice rédhibitoire chez son épouse.

#### 11. Y a-t-il vocation successorale entre personnes de religions différentes ?

Le Droit musulman classique a toujours affirmé qu'il n'y a pas de vocation successorale entre un musulman et un non-musulman, et c'est bien ce que rappellent explicitement les Codes marocain,

kuwaitien et syrien, ainsi que la Loi égyptienne de 1943 (les Codes irakien et jordanien du Statut Personnel ne parlent pas de la succession). Le CA a préféré demeurer silencieux sur la question, tout comme le Code tunisien : il suffit, pour hériter, de "n'être pas atteint d'une incapacité de succéder". Comme il exclut nommément l'apostat (le musulman devenu non-musulman) de toute succession, on pourrait même en conclure que le CA n'exclurait pas pour autant le non-musulman de naissance !

### 12. Qu'advient-il du reliquat de la masse successorale quand il n'y a pas d'héritiers agnats ?

Le Droit musulman classique répartit différemment la masse successorale entre les héritiers, suivant qu'ils sont des héritiers réservataires (dont le Coran a prévu les parts nommément) ou des héritiers universels (appelés génériquement agnats). Qu'advient-il lorsque tout n'est pas distribué entre les héritiers réservataires et qu'il n'existe pas d'héritier universel ? L'interprétation hanafite du Droit classique propose alors une distribution du reliquat entre les héritiers réservataires au titre du "**retour**" (**radd**), mais quels en sont ici les détails ? Le CA rejoint, presque mot par mot, la Loi égyptienne de 1943 ainsi que les Codes syrien, jordanien et kuwaitien : le reliquat est partagé entre les héritiers réservataires, à l'exclusion du conjoint survivant, au prorata de leurs parts successorales. Ce n'est qu'en l'absence non seulement d'héritier universel, mais aussi des autres héritiers réservataires et des héritiers au titre de la parenté féminine (appelés génériquement cognats), que le conjoint survivant se voit attribuer ledit reliquat. On sait que le Code tunisien ne fait ici aucune distinction entre le conjoint survivant et les autres héritiers réservataires : tous bénéficient, en même temps, du "retour", au prorata de leurs parts successorales.

### 13. Y aurait-il désormais un droit de "représentation successorale" ?

A bien suivre les dispositions du Droit musulman classique, les petits enfants d'un fils prédécédé du **de cujus** ne peuvent pas hériter puisqu'ils sont évincés par leurs oncles et tantes : ils ne sauraient donc recueillir la part qui serait échue à leur père s'il avait été vivant, au titre de la "représentation successorale". L'interprétation zâhirite du Droit musulman classique avait résolu ce difficile problème en les constituant bénéficiaires d'un testament que le **de cujus** aurait dû rédiger en leur faveur : c'est ce qu'on appelle le "**testament obligatoire**" (**wasiyya wâjiba**). A la suite de la Loi égyptienne de 1946 et des Codes syrien, marocain, tunisien et jordanien, le CA adopte donc cette solution juridique (bien qu'il l'appelle **tanel**, institution d'héritier) : comme la majorité d'entre eux, il la réserve aux petits enfants du fils prédécédé, dans la mesure même où la part ainsi allouée ne dépasse pas le tiers de la succession (car il s'agit d'un testament !) et à condition que ces petits enfants ne bénéficient, de par ailleurs, ni d'héritage, ni de legs, ni de donation. Le CA se singularise même en y ajoutant une autre condition : ces petits enfants n'auraient pas dû participer à l'héritage de leur auteur, ou du moins en recevoir une part égale.

### Conclusion.

Telles sont, choisies bien conventionnellement, les dispositions juridiques au sujet desquelles un peu de droit comparé entre les codes arabo-musulmans contemporains se révèle fort utile. Cela permet de mieux situer les choix du législateur algérien en matière de droit familial. Il a voulu, semble-t-il, rester très proche du Droit musulman classique là où nombre de codes se montrent conservateurs; il a osé adopter - suivant le jeu subtil des techniques juridiques que permettent les diverses Ecoles du Droit musulman classique - certaines dispositions évolutives là où les autres codes manifestent la même tendance; il a enfin voulu aller plus loin, sur quelques points très précis, ce qui pourrait le rapprocher objectivement des choix du Code tunisien. Tout ceci semble bien refléter le désir fondamental du législateur algérien de donner à la famille, grâce à ce Code, un cadre qui demeure authentiquement arabo-islamique tout en étant prudemment ouvert sur certaines évolutions.

Maurice BORRMANS, PISAI, Rome

### NOTES

1. Cf. **Journal officiel arabe** du 12 ramadân 1404/12 juin 1984, n° 24 de la 21ème année, pp. 910-924.
2. Cf. les quotidiens **El Moudjahid** (Alger) du 19/6/1984 et **Le Monde** (Paris) du 20/6/1984.
3. Pour une étude détaillée de ces Statuts Personnels en Algérie, avant 1962, et pour les Lois partielles qui les modifièrent par après jusqu'en 1975, date de leur abrogation, on consultera nos thèses et articles : **Statut Personnel et Famille au Maghreb de 1940 à nos jours**, Paris-La Haye, Mouton, 1977, 708 p. (d'abord pp. 94-119 : **Les premières évolutions et contestations, au Maghreb, avant 1940**; puis pp. 427-

551 : **L'Algérie et ses Projets de Statut Personnel, avant, pendant et après la Révolution (1954-1962)...**.

**Documents sur la Famille au Maghreb de 1940 à nos jours (Avec les textes législatifs marocain, algérien, tunisien et égyptien en matière de Statut Personnel musulman)**, Roma, Estratto da "**Oriente Moderno**", Vol. LIV, 1-5, I.P.O. 1979, 437 p. (surtout pp. 272-321 : **Législation algérienne**).

**Perspectives algériennes en matière de Droit Familial**, in **Studia Islamica**, 1973, Fasc. XXXVII, pp. 129-153.

Les études ne manquent pas, en ce qui concerne le sujet ici abordé et, plus généralement, l'Islam algérien. On consultera plus particulièrement :

Hélène VANDEVELDE-DAILLIERE, **Femmes algériennes (à travers la condition féminine dans le Constantinois depuis l'indépendance)**, Alger, Office des Publications universitaires, s.d., 497 p.

Fadéla M'RABET, **La femme algérienne**, Paris, Maspéro, 1964, 142 p., et **Les Algériennes**, Paris, Maspéro, 1967, 303 p.

Henri SANSON, **Lai:cité islamique en Algérie**, Paris, Ed. du C.N.R.S., 1983, 174 p.

Georges C. ANAWATI et Maurice BORRMANS, **Tendances et courants de l'Islam arabe contemporain**, Vol. I : **Egypte et Afrique du Nord**, Paris, A. Maisonneuve, 1982, 276 p. (pour l'Afrique du Nord, pp. 161-276).

et aussi les **Annuaire de l'Afrique du Nord**, publiés par l'Université d'Aix-en-Provence.

4. Cf. Maurice BORRMANS, **Documents...**, pp. 274-280.
5. Cf. Maurice BORRMANS, **Documents...**, pp. 281-302.
6. Ce sont les âges de la présomption malékite de puberté, retenus par la **Majalla** tunisienne (art. 5) et la **Mudawwana** marocaine (art. 8), avant que la première ne porte ces âges respectivement à 17 ans et à 20 ans (Décret-Loi du 20 février 1964).
7. Cf. Maurice BORRMANS, **Documents...**, pp. 303-309.
8. Cf. Maurice BORRMANS, **A propos d'une récente Fatwâ relative au statut familial des Émigrés algériens**, in **Revue de l'Occident musulman et de la Méditerranée**, Aix-en-Provence, 1er semestre 1973, n° 13-14, pp. 131-140.
9. Le texte français intégral est reproduit en **Annexe**, pp. 245-255, dans le livre de Fadéla M'RABET, **Les Algériennes**, précédemment cité (cf. note 3).
10. Cf. entre autre le Colloque maghrébin sur "**l'instabilité de la famille et le droit de l'enfant**" (Alger, 8-10 mai 1968) dont les textes ont été publiés intégralement in **Revue Algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques** (Vol. V, n° 4, décembre 1968, pp. 1047-1176) et le Colloque organisé par la Faculté de Droit de Constantine (1-3 avril 1974) sur "**la famille et le droit en Algérie dans le contexte maghrébin**" dont les textes ont été publiés intégralement par la même revue (Vol. XI, n° 3, septembre 1974, 164 p. en français et 66 p. en arabe).
11. Cf. les quotidiens **Al-Sha'b** du 27/10/1981 et **El Moudjahid** des 27 et 29/10/ 1981.
12. Très souvent **zawâj**, dans le texte arabe, et quelque fois **nikâh**, ce qui peut supposer une subtile distinction !
13. Et précisées dans les mêmes termes par l'article 1 de la **Mudawwana** marocaine.
14. L'expression arabe du Code rejoint ici le vocabulaire spécifique des versets coraniques correspondants (Coran 4, 19-26).
15. C'est exactement ce que prévoit la **Mudawwana** marocaine (art. 30 et 31) et ce que stipule le Décret du Président Anouar El Sadate du 20 juin 1979 (art. 1 ajoutant l'article 6 bis à la Loi égyptienne de 1929) (cf. Maurice BORRMANS, **Documents...**, pp. 412-416). En effet, précise le Code algérien, "**T'une et l'autre peuvent intenter une action judiciaire contre le conjoint en cas de dol et demander le divorce en cas d'absence de consentement**".
16. En précisant ici qu'il s'agit des "**héritiers universels au titre de la parenté**", le Code exclut donc "**l'héritier universel au titre de la communauté de foi**", à savoir des Musulmans, représentée par le **Bayt al-Mâl** (Trésor Public de la Communauté), laquelle constitue toujours la dernière catégorie d'"**héritiers universels**" selon l'Ecole malékite. C'est pourquoi celle-ci, logique avec elle-même, n'appelle jamais à l'héritage les "**héritiers-parents par les femmes**". Le Code algérien a donc opté pour la solution hanafite et le Trésor, devenu celui de l'Etat, ne recueille que les biens en déshérence.
17. Y compris, donc, ceux qui résident à l'étranger, en dehors du territoire algérien, conformément à la pratique du Droit International Privé.
18. Un article, à paraître dans **Studia Islamica** (Paris), tendra à "situer" constamment le présent Code par rapport aux Codes de Statut Personnel des deux pays voisins et, plus largement, des divers pays arabomusulmans qui s'en sont dotés d'un.

