

LE PRINCIPE DE LA LIBERTE ET D'EGALITE DANS LE NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE MAROCAIN



Par Si Mohamed AKHDI :

Doctorant en droit privé,

l'université de Nantes

La loi du 03 février 2004¹ relative au Code de la famille marocain, transforme en profondeur les règles du droit de la famille au Maroc dans un double objectif : liberté et l'égalité du sexe. A cette fin, le législateur marocain a renforcé le Code de la famille par de nombreuses dispositions et mécanismes, pour « veiller sur la famille contre toutes les formes d'injustice et de discrimination »².

Il est nécessaire donc de présenter ces nouvelles dispositions comme destinées à harmoniser la loi avec l'évolution de la société, évolution liée à l'industrialisation et aux phénomènes qui lui sont associés : urbanisation, l'exode rural, la mutation de la famille d'où est issue une modification des mœurs.

Par conséquent, le Roi Mohamed VI confia à une commission³ le soin de préparer les grandes réformes de la Moudawana. Le but était l'adaptation d'un nouveau système juridique avec la nouvelle société marocaine.

¹ La loi n° 70-03, dahir n° 1.04.22 du 12 Hija 1424 (03 février 2004), Bulletin officiel, n° 5184 du 5 février 2004.

² Rapport annuel sur l'application du Code de la famille, La ligue démocratique pour les droits des femmes, Centre d'information et d'observation des femmes marocain, 2005, p. 3.

³ Commission chargée de la révision de la Moudawana.

La commission qui était l'origine de toute cette grande réforme, a fait modifier nombreuses dispositions dans l'institution du mariage et du divorce, et dans les rapports des parents avec leurs enfants.

Mais l'action des mœurs a été soutenue et évoluée par deux concepts : liberté et égalité.

On doit d'ailleurs reconnaître que ces deux concepts liberté et égalité sont devenues universelles, comme elle témoigne la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations-Unies le 10 décembre 1948.

La question qui se pose est de savoir, comment le nouveau Code de la famille marocain traduit les idées de liberté et d'égalité ?

Pour répondre à cette question, un double éclairage nous paraît nécessaire pour traiter d'une façon pertinente notre étude. D'un côté, la liberté et l'égalité dans l'institution du mariage, et d'autre côté, la liberté et la l'égalité dans la dissolution du mariage.

I – LA LIBERTE ET L'EGALITE DU MARIAGE

Liberté et l'égalité ont caractérisé le nouveau Code de la famille marocain. Ces deux valeurs ont toutes deux profondément bouleversé le contenu du Code de la famille au Maroc. D'un côté, le cadre traditionnel du mariage fondé sur le principe de l'hierarchie va, après un changement dans la famille marocaine(1), connaître une mutation profonde avant d'aboutir, d'un autre côté, à la consécration de l'égalité des époux (2).

1) L'émergence d'une famille moderne

C'est à la fin du XXe siècle que les changements les plus importants se sont réalisés dans les mœurs et au sein de la famille. La révolution industrielle¹, l'exode rural ainsi que l'urbanisation ont largement contribué à faire éclater la famille. Face à cette réalité sociale, le Maroc ne peut plus échapper à l'intervention de la norme internationale, en particulier celle relative aux droits de l'Homme², ce qui est constitué une étape importante dans le processus d'évolution de la famille marocaine (a). D'autre facteur a également participé à cette évolution, il s'agit de l'émergence de mouvements et d'associations féministes qui ont conquis la société marocaine (b). Ces dernières ont, en effet, participé à la prise de conscience générale du rôle actif des femmes dans la société et à la nécessité d'un corpus juridique moderne³.

¹ Surtout avec l'évolution scientifique, par exemple : les avancés de la génétique.

² Cette délicate idée a été posée par Mr H. Fulchiron, professeur à l'université de Lyon 3.

³ F. TOBICH, « Les statuts personnels dans les Pays Arabes : de l'éclatement à l'harmonisation ». PUAM – 2008. p 29.

a – L'évolution de la famille marocaine

La famille marocaine a connu ces dernières années de profonds bouleversements. Les institutions qui la fondent ont changé, les concepts qui la caractérisent également. La société qui l'entoure a largement évolué.

Cependant, l'ancienne Moudawana nous reflète un droit familial qui correspond peut-être à la situation sociale et économique de l'époque ; la famille était une institution qui devrait satisfaire aux coutumes qu'il implique : un chef (le mari) qui fixe lui-même le lieu du domicile familial, l'épouse avait un devoir d'obéissance envers son mari, lequel devait lui assurer en contrepartie protection. Par ailleurs, c'est au mari et à lui seul, qu'incombait la direction de la famille. Il disposait des pouvoirs supérieurs. La famille reposait donc sur un socle inégalitaire, la femme étant effacée face à la toute puissance de l'homme, elle était soumise à son autorité. En ce sens, Mme le professeur R. NAJI dit que « l'ancienne Moudawana interprétée et appliquée dans un contexte influencé par les coutumes ségrégationnistes, fut amplement déformée dans la pratique, notamment dans l'œuvre juridictionnelle »¹.

Dans ce contexte, le mariage était basé sur des caractères inégalitaire et discriminatoire, exclusifs de toute autonomie individuelle. En effet, ce caractère discriminatoire du mariage expliquait et légitimait la volonté unilatérale du père à diriger la famille. La femme était frappée d'une incapacité générale et ne pouvait pas contribuer aux décisions relatives à la gestion des affaires de la famille.

En outre, le divorce et la répudiation constituaient une prorogative exercée, quasi exclusivement, par le mari de manière discrétionnaire et souvent abusive². Le maintien de cette forme inégalitaire en matière du divorce a pu paraître comme une menace continue de l'avenir de la femme.

Toutefois, avec l'évolution de la société marocaine et le changement des mœurs, les jeunes femmes du XXIème siècle sont mieux armées que leurs aînées. Elles ont acquis plus souvent les moyens de pourvoir à leur propre survie, à leur propre sécurité financière et sociale. De plus en plus d'épouses ont rompu avec l'idéal traditionnel de la femme au foyer pour exercer une profession indépendante³. Cette activité extérieure a asservi un peu plus les femmes, dans la mesure où elles

¹ Rajaâ NAJI, La Moudawana, le Référentiel et le Conventionnel et Harmonie, 3eme Ed 2009. op. cit.

² Ibid, p 39.

³ L'examen des données fait apparaître que la proportion des femmes dans la population active n'a pas cessé de croître au cours de dernières années. Pour plus de détaille, voir, R. MEJJATI-ALAMI « Femmes et marché du travail au Maroc » XXIV Congrès Général de la Population, Salvador-Brésil, 18-24 Aout 2001. U.I.E.S.P. (L'union Internationale pour l'Etude Scientifique de la Population), disponible sur : [http://www.iussp.org/brizil2001/s50/s57_P01_Mejjati .pdf](http://www.iussp.org/brizil2001/s50/s57_P01_Mejjati.pdf)

sont amenées à assurer leur part de responsabilité au sein de la famille¹, elles acquièrent une grande partie d'indépendance. Dans ce cadre, Mme M. RODARY estime que « Ces activités engendrent, pour les femmes qui les pratiquent, des outils de résistance au pouvoir des hommes qui n'existent pas forcément dans les autres sphères de l'économie – notamment dans les activités du secteur dit « moderne »².

La vie avec un homme est de plus en plus envisagée en fonction du bonheur et de l'épanouissement qui peut en résulter et de moins en moins selon les contraintes familiales.

Par ailleurs, la place de l'enfant au sein de la société a évolué. Le droit lui prête d'ailleurs un regard attentif. L'enfant n'est plus considéré comme une charge ou un risque pour la société, mais comme un individu à protéger, puisque plus fragile qu'une personne qui a atteint l'âge adulte. Il doit être protégé de lui-même, de sa famille et du reste de la société. Il est du devoir de l'Etat d'assurer la protection de l'enfant en érigeant des règles et des institutions adaptées.

Le Code de la famille marocain ne reconnu pas le droit du jabr ou contrainte matrimoniale, connu dans le droit musulman classique, dont le père ou le tuteur disposait dans ses propres intérêts pour marier ses enfants, garçon ou filles, considérés comme incapables juridiquement, parfois impubères, physiologiquement incapables d'entretenir une relation sexuelle à un âge prématuré³. L'article 10 du Code de la famille prévoit que « Le mariage est valablement conclu par l'échange du consentement du époux ».

L'internationalisation du droit de l'enfant marque au Maroc la volonté de lutter plus efficacement contre toute menace. Le législateur marocain déploie des efforts pour promouvoir et assurer la défense et la promotion des droits de l'enfant⁴.

L'émergence de droits de l'enfant a permis peu à peu au législateur marocain de réfléchir à une législation plus protectrice ; destinée à protéger l'enfant au sein de sa famille et dans la société en général⁵.

Dans ce courant de la mutation de la famille marocaine, est ainsi apparu un nouveau visage de l'institution du mariage. En effet, l'institution du mariage traditionnel adopté par l'ancienne Moudawana ne répondait pas ni à l'évolution des mœurs, ni aux aspirations des individus. Parmi

¹ L'article 51 du Code de la famille prévoit « La prise en charge, par l'épouse conjointement avec l'époux de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants ».

² Mariem RODARY, « Le travail des femmes dans le Maroc précolonial, entre oppression et résistance ». Cahiers d'études africaines.(en ligne). 187-188. 2007.

³ E. RUDE-ANTOINE, « Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille. Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme », revue international interdiscipline « Droit et culture », 2010, p. 43-57.

⁴ La ratification de la convention internationale relative aux droits de l'enfant en 2003. La création d'une Comité des droits de l'enfant.

⁵ On peut citer ici, le célèbre discours du Roi MOHAMED VI, qui insiste sur « La préservation des droits de l'enfant en insérant dans le Code les dispositions pertinentes des conventions internationales ratifiées par le Maroc ».

les critiques les plus vives, on retrouve de façon constante celle qui provient des associations féministes, relatives aux effets destructeurs de la toute puissance du mari et l'incapacité de la femme.

b -Le rôle des associations féministes

La fin des années quatre-vingt vit une évolution importante, dont un vent de liberté souffle dans les pays maghrébins, tout le monde veut être libre et en particulier la femme.

Ceci contribuait à l'apparition d'un mouvement féministe¹ qui s'est regroupées au cours des années quatre-vingt et quatre-vingt-dix, au sein des associations féministes pour contester les injustices qu'elles subissaient et demander la réforme de la Moudawana. Ces associations appelèrent à la démocratie, à la justice et au partage des responsabilités au sein de la société et de la famille. La critique que formulaient ces associations se dirigeait contre les dispositions de la Moudawana qui devenaient inadaptable avec l'évolution de la société marocaine, tels que la polygamie, la répudiation etc.

La revendication première des associations a été de réclamer le changement de certaines dispositions de la Moudawana qui plaçaient les femmes dans un état de subordination et leur conférait un statut de mineure au sein de la famille, alors que la constitution² et le droit musulman leur donnaient des droits supérieurs comme les hommes.

Les dispositions de la Moudawana qui sont revendiquées leurs changements s'étaient le tuteur matrimonial, responsabilité conjointe du couple dans la famille, la suppression de la répudiation et de la polygamie, l'égalité des sexes concernant l'âge matrimonial et droit de garde des enfants et du domicile conjugal pour la femme divorcée. Les féministes s'efforcent de placer les changements réclamés dans le cadre d'une nouvelle interprétation de la Shariâ, fondée sur l'Ijtihad³ et l'évolution de la société marocaine.

En revanche, ces revendications ont trouvés un refus par les opposants qui présentent les « conservateurs », pour ces derniers, la charia est un corps de lois qui forment un univers de référence clos qui s'oppose à toute évolution et à toute lecture historique et contextualisée⁴. Ce mouvement, s'oppose à l'usage du terme « réforme » car ils y voient un triple danger quant à la fidélité à la tradition islamique⁵. Pour eux, la réforme voudrait dire changer l'Islam, le dénaturer

¹ Des associations féminines, en particulier, (ADFM) l'Association Démocratie des Femmes Marocaines et (UAF) l'Union de l'Action Féminine.

² La constitution dans son article 35, stipule l'égalité entre les sexes devant la loi.

³ Signifiant « la lecture critique des textes de référence » (le Coran et la tradition prophétique).

⁴ T. RAMADAN, « A propos du Concept de Réforme », www.tariqramadan.com

⁵ Ibid.

afin de l'adapter à l'époque contemporaine, ce qu'est interdit pour une conscience croyante. La seconde critique provient de celles et de ceux qui voient dans « la réforme » une donnée étrangère, une approche importée de la tradition chrétienne pour faire vivre à l'Islam la même évolution que le christianisme et lui faire perdre ainsi sa substance et son âme. La troisième critique s'appuie sur le caractère universel des enseignements de l'Islam qui n'ont donc pas besoin de « réforme » et peuvent s'appliquer en tous temps et en tous lieu¹.

Tout ceci contribuera à des débats sur la famille demeure marqué par l'opposition entre « les modernistes » et les « conservateurs ». Cette opposition qui prolonge la division entre famille traditionnelle et moderne. L'opposition entre les deux « camps » a repris naissance à la fin des années 90, qui a été confondue autour du Plan national d'intégration de la femme au développement². La polémique avait atteint son point le plus haut le 12 mars 2000, lorsque les deux camps avaient, chacun de son côté, organisé à Rabat et à Casablanca deux manifestations pour et contre une révision de la Moudawana telle que présenté par le Plan.

L'aboutissement était donc, la réforme de la Moudawana, avec la loi du 2004. Cette loi a consacré des principes fondamentaux tels que la promotion et la protection des droits de l'homme, des libertés et l'égalité entre l'homme et la femme.

2) La consécration de la liberté et l'égalité des époux

L'histoire du mariage au Maroc a été dominée, pendant des siècles, par deux conceptions : la toute puissance du mari et l'incapacité de la femme. Le mari, en tant que chef de famille, était bénéficiaire des large pouvoirs au sein de sa famille, et l'épouse, considérée comme incapable, était soumise, tant sur le plan personnel que sur le plan patrimonial, à l'autorité de son conjoint. Il faudra attendre le XXI^e siècle pour que cette hiérarchie dans le mariage soit, par la réforme de la Moudawana, brisée et ainsi que l'épouse s'émancipe et avoir sa liberté.

En ce sens, le nouveau Code de la famille marocain a voulu marqué une évolution accrue dans la matière. Progressivement, une place important a été laissée à la volonté de deux époux pour diriger ensemble la famille (a), ainsi que le nouveau Code a édicté un certain nombre de règles pour instaurer une véritable liberté et égalité entre époux en matière du lien conjugal (b).

¹ T. RAMADAN, « Vers une réforme radicale », www.tariqramadan.com.

² Proposition adoptée par l'ancien secrétaire d'Etat auprès du ministre du développement social, 1999-2000.

a – Une direction familiale conjointe

Au nom de la liberté individuelle et l'égalité des sexes, le législateur marocain a rompu avec le model traditionnel, il a affaibli l'autorité du chef de famille, et adopté une formulation moderne, et placer la famille sous la responsabilité conjointe des deux époux¹.

L'article 1^{er} de l'ancienne Moudawana prévu que, « le mariage est un contrat légal (...) il a pour but la vie dans la fidélité (...) sous la direction du mari ». Cet article reflète la tradition patriarcale dans laquelle a été enracinée la société marocaine. Le nouveau code bouleverse les concepts, il a rendu justice à la femme et il a levé toutes les inquiétudes dont elle a souffert² : cet objectif est traduit dès la définition du mariage, dont le législateur a remplacé la formule « sous la direction de l'époux » par « sous la direction des deux époux »³. Désormais, l'épouse n'est plus l'adjoint de son mari mais elle dirige avec lui la famille. Il n'y a plus un seul chef de famille mais deux. Ce principe de codirection, finalisé dans l'intérêt de la famille⁴, implique un accord des deux époux sur chaque décision relative à la gestion des affaires familiales⁵. Or, l'évolution a été importante dans la matière. L'ancienne Moudawana consacrait de façon très vigoureuse la puissance maritale⁶ et l'incapacité de la femme mariée. Le législateur contemporain tient compte l'évolution du rôle de la femme dans la société et notamment dans la famille. La femme actuellement travaille, occupe des postes remarquables, elle jouit d'un statut social, il serait donc injuste de ne pas lui accorder un statut dans la famille.

Le Code de la famille marocain réformant l'ancienne Moudawana a mis fin à la prédominance maritale dans les affaires du domicile conjugal, désormais, tous les actes de disposition soumis au principe de cogestion, ils ne peuvent être frappés par une gestion unilatérale du mari⁷.

Cette évolution de la législation marocaine se traduit aussi par la mise en place des nouvelles règles égalitaire.

¹ Préambule servant de Charte de bonne application Du Code de la famille marocain.

² M. MONJID, « Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français », sous la dir de J. POUSSON.PETIT. Ed, l'Harmattan, 2009. p. 54.

³ L'article 4 du nouveau Code de la famille qui prévoit que « Le mariage est un pacte fondé sur le consentement mutuel et une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour fin la vie dans la fidélité, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux conformément aux dispositions du présent code ».

⁴ Cette finalité est confirmée par l'article 51 du Code de la famille marocain qui énonce : « Le maintien de bons rapports de la vie commune, le respect, l'affection et la sollicitude mutuels ainsi que la préservation de l'intérêt de la famille ».

⁵ Ce qui prévu par le même article 51 du Code de la famille, « La consécration dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et de planning familial ».

⁶ On peut citer par exemple, la doctrine traditionnelle accordait au mari le droit de battre son épouse quand elle ne voulait pas lui obéir.

⁷ Ce qui est confirmé par l'article 51 du Code de la famille marocain, selon cet article « La prise en charge par l'épouse conjointement avec l'époux de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants ».

b – La mise en place des règles égalitaire

Le nouveau Code de la famille a édicté un certain nombre de règles applicables à tous les époux en matière du mariage. Cet ensemble de dispositions est pour but de consacrer un véritable principe de liberté et de l'égalité du sexe.

En matière de l'âge du mariage, le législateur marocain a instauré une égalité entre les deux parties pour toutes les dispositions relatives à l'âge du mariage. L'article 19 du Code de la famille prévoit que « Cet âge est fixé à 18 ans révolus pour les deux parties ». Dans l'ancienne Moudawana, le statut et la situation de la femme restent marqués par des profondes inégalités comparés à ceux des hommes.

Cependant, le législateur contemporain a amélioré la situation de la femme, en la mettant sur même pied d'égalité avec l'homme. En ce sens, l'article 20 du Code de la famille énonce « La dispense d'âge est soumise aux mêmes conditions pour l'homme et la femme ».

Le Maroc, en ramenant l'âge du mariage des filles à leur majorité et en supprimant la distinction entre les deux sexes, ne fera que rejoindre enfin les positions des pays européens, et certains pays arabe comme la Tunisie.

Une autre innovation qui est aussi importante est la fin de l'obligation d'obéissance de l'épouse au mari. Le nouveau Code de la famille fait de l'homme et de la femme des partenaires, il les traite sur le même pied d'égalité.

L'ancienne Moudawana a fait de l'obéissance la plus importante obligation que l'épouse se doit de respecter. L'épouse en droit musulman ne doit quitter le domicile conjugal qu'avec l'accord de son mari, et ne doit ni se refuser à lui quand elle est pure ni le trahir dans ses finances. Elle doit se joindre à lui dans la prière, recevoir généreusement ses parents et proches, ne doit pas lui répondre agressivement ; elle doit lui apporter son concours autant que faire se peut¹. En d'autres termes, la femme obéissante « se doit d'être au service de son mari et de répondre à ses besoins matériels et moraux »².

Au cours du XXI^e siècle, l'évolution politique, économique et surtout la promotion sociale de la femme, rendait anachronique cette hiérarchisation de la vie conjugale. A cet effet, le nouveau Code de la famille marocain a supprimé l'obligation d'obéissance pour éviter toute expression qui

¹ A. ALAWA « Les repères de générosité dans la pensée arabe », Damas, Al-Amal, 1969. p. 167.

² Ibid. p. 141.

peut dégrader la situation de la femme¹. Désormais, la femme marocaine n'est plus contrainte d'obéir à toute demande de son mari.

De même, avec le nouveau Code de la famille marocain, la femme majeure n'est plus soumise à la tutelle matrimoniale. L'article 25 du Code de la famille prévoit que « Il appartient à la fille majeure de conclure l'acte de son mariage elle-même ou de mandater à cet effet son père ou un de ses proches ». Dans l'ancien régime, la femme mineure ou majeure était frappée d'une incapacité générale dans sa personne, ne pouvait se marier sans le consentement de son tutelle. Sa situation est encore aggravée par l'adoption, dans certains pays musulmans, de régime du mariage forcé, qui consiste à marier une femme contre sa volonté. Cette pratique a été abolie par l'ancienne Moudawana, tout en consacrant une place particulière à la présence d'un tuteur matrimonial pour la femme ou wali, dont le rôle était d'accepter ou de refuser le mariage d'une jeune fille ou d'une jeune femme, même majeure. Ce qui a été supprimé par l'article précité.

Avec le nouveau Code de la famille, la tutelle matrimoniale est un droit qui appartient à la femme, la femme majeure exerce ce droit selon son choix et son intérêt².

Le nouveau Code de la famille a également introduit une égalité entre les époux dans les décisions concernant la vie des enfants communes. La mère a les mêmes droits que le père, elle peut autoriser au même titre que le père le mariage de l'enfant mineur. L'article 51 du Code de la famille consacre le principe de la concertation dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et de planning familial.

Cependant, diverses règles sont accordées à la femme marocaine afin de faire contrepoids aux pouvoirs exorbitants de l'homme. Le Code de la famille marocain est présenté comme une profonde révolution dans le sens de la consécration de la liberté et l'égalité entre l'homme et la femme.

Les développements qui précèdent ont montré que le mariage d'aujourd'hui n'est plus le rapport hiérarchique dans lequel le mari était pourvu des puissances maritale et paternelle. Depuis 2004, il est, en droit marocain, une union égale entre un homme et une femme. Le mariage actuel est très différent de celui de l'ancien régime surtout avec la réforme de sa dissolution, qu'il nous faut à présent analyser : la liberté et l'égalité dans la dissolution du mariage.

¹ M. MOUNJID, « Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français », sous la direction de J.POUSSON-PETIT. L'Harmattan, 2009, op cit. p. 54.

² L'article 24 du Code de la famille.

II- LA LIBERTE ET L'EGALITE EN MATIERE DU DIVORCE

L'ancienne Moudawana avait rendu la dissolution du mariage beaucoup inégalitaire, puisque la répudiation unilatérale par le mari primait toujours sur celui de divorce permet à la femme. La réforme de 2004 est allée encore plus loin en instaurant un nouveau visage du divorce (1) qui se traduit par la consécration des véritables principes directifs (2).

1) – Le nouveau visage du divorce

Pendant longtemps, le divorce au Maroc est apparu comme un mode inégalitaire. Toutefois, le nouveau Code de la famille avait profondément modifié cette image, en instaurant un droit égaux en matière de divorce (b), protéger par un contrôle judiciaire (a).

a – Divorce sous contrôle judiciaire

Selon le nouveau code de la famille marocain, l'action en divorce est, désormais, sous le contrôle judiciaire¹. Avant la réforme, la répudiation n'était soumise à aucune formalité ni à aucune procédure². Cette dernière était exercé par l'unique volonté du mari, ce qui était contraire aux conventions internationale ratifiées par le Maroc, puisqu'elle était inégalitaire et elle n'accordait au conjoint victime (la femme) ni pension alimentaire ni dommages-intérêts³. Pour remédier à cette situation, le nouveau Code de la famille marocain accorde au juge des prérogatives nombreuses. Or, le législateur a crée une compétence territoriale du tribunal suivant une hiérarchie de chefs de compétence dans un but de protéger le droit de l'épouse à l'information⁴.

L'article 79 du code de la famille prévoit que « Quiconque veut divorcer doit demander au tribunal l'autorisation d'en faire dresser acte par deux Adouls habilités à cet effet ». D'autre part, le code de la famille assure également à l'épouse un droit à l'information en exigeant dans son article 81 que l'épouse reçoit personnellement la convention. De plus, il faut, vérifier que le mari n'a pas choisi frauduleusement une résidence en vue de créer un chef de compétence qui lui convienne, au préjudice de son conjoint. Or, le mari encourt des sanctions pénales⁵.

¹ A l'occasion du discours du Roi Mohamed VI adressé au Parlement, le Roi a dit « Faire du divorce, en tant que dissolution des liens de mariage, un droit exercé par l'époux et par l'épouse, selon les conditions légales propres à chacune des parties et sous contrôle judiciaire ».

² Dans le système antérieur, le mari pouvait répudier sa femme à n'importe quel moment et sans aucun motif.

³ En ce sens, voir, Cass, 1^{er} civ, 7 nov. 1995, Cass. 16 juillet. 1992. CA, Toulouse, 6 fev 2001.

⁴ J.POUSSON-PETIT. « Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français », ed. 2009. L'Harmoton. Op, cit. p. 128.

⁵ Article 81 prévoit que « S'il est établi que l'époux à utilisé des manœuvres frauduleuses, la sanction prévue à l'article 361 du code pénal lui est applicable à la demande de l'épouse ».

En plus, le juge doit, désormais, tenter à concilier les époux, afin de préserver le lien conjugal, c'est pourquoi, la tentative de conciliation est obligatoire dans toutes les procédures de divorce¹.

Cette tentative de la conciliation suppose la présence personnelle des époux. Ils ne peuvent pas se faire représenter. Mais si l'époux demandeur ne se présente pas devant le juge, il peut être considéré comme renoncer à sa demande de divorce. Afin de réconcilier les époux, le juge doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour la réussite de cette conciliation. Il peut désigner des arbitres, recours au conseil de famille ou à quiconque en mesure de réconcilier les époux. Si le couple a des enfants, la tentative de la réconciliation aura lieu à deux reprises et doit être espacée d'au moins 30 jours. Si après avoir tenté de concilier les époux, le juge constate que le mari maintient sa demande, le juge prend des mesures d'urgence, pour statuer sur le divorce, notamment, il fixe un montant à payer par le mari dans un délai de 30 jours². Il s'agit, d'une réparation pécuniaire fixée par l'article 84 du code de la famille, comporte : le reliquat de la dot, le cas échéant, la pension de la durée de viduité (Idda) et le don de consolation (Mout'â) qui doit prendre en considération ; la durée du mariage, la situation financière de l'époux, des motifs du divorce et du degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux.

Mais avant de fixer le montant correspondant aux droits de l'épouse, le juge demande au mari de lui fournir des informations relatives à la situation professionnelle des conjoints, au nombre des enfants, « S'il y a lieu, leur âge, leur état de santé et leur situation scolaire »³.

Lorsque le montant fixé par le juge est déposé auprès du tribunal, le juge donne l'autorisation au mari de faire consigner le divorce par les adouls⁴.

En effet, le nouveau code de la famille constitue une avancée dans la protection des droits de la femme face au divorce⁵, en lui accordant, désormais, des droit égaux en matière du divorce comme le mari⁶, et en lui prescrivant des avantages financières importantes après le divorce.

b – Droits égaux en matière de divorce

Le Code de la famille maintient la répudiation comme mode de la dissolution du mariage, mais par rapport à l'ancien texte lui donne une nouvelle définition. Ainsi que, l'article 44 de l'ancien

¹ Article 82 code de la famille.

² Article 83, code de la famille.

³ Article 80, code de la famille.

⁴ Article 87, code de la famille.

⁵ J.POUSSON-PETIT. « Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français ». Ed. 2008. L'Harmoton. Op, cit. p. 129.

⁶ On ce sens, on peut citer le discours du roi Mohamed VI « Faire du divorce, en tant que dissolution des liens de mariage, un droit exercé et par l'époux et par l'épouse, selon les conditions légales propres à chacune des parties et sous contrôle judiciaire ».

texte déclarait que « La répudiation est la dissolution des liens du mariage prononcée par l'époux, son mandataire ou toute autre personne désignée par lui à cet effet ». Le nouvel article 78 du code de la famille remplace le mot répudiation par divorce : « Le divorce est la dissolution du pacte conjugal exercé par l'époux et par l'épouse, chacun selon les conditions auxquelles il est soumis, sous contrôle de la justice... ». Cependant, Avec le nouveau code de la famille, celui qui veut mettre fin au mariage aurait le droit de rompre ce lien même s'il n'y a pas de faute à reprocher à son conjoint, même si celui-ci s'y oppose.

- la rupture du lien conjugal par le mari

L'idée de divorce par répudiation qui avait présidé les fondements de l'ancienne Moudawana a été nettement dépassée par Le nouveau Code de la famille. Pour permettre au mari de divorcer sa femme, les articles 79 à 87 du Code de la famille lui imposent le respect des mesures dont certaines peuvent être considérée comme une innovation¹. Ces réformes ont pour objectif surtout de limiter le pouvoir discrétionnaire du mari dans le divorce unilatéral et de garantir les droits de la femme en cas de rupture du lien conjugal. A cette fin, le législateur de 2004 a crée des mesures d'ordre financière ont pour objectif la protection des droits de la femme et des ses enfants.

Cependant, lorsque le mari insiste sur sa demande de divorce, le tribunal fixe un montant que l'époux doit déposer à la caisse du tribunal dans un délai trente jours pour la couverture des droits dus à l'épouse et aux enfants à l'égard desquels il a l'obligation d'entretien², prévus dans les article 84 et 85 du Code³. Si l'époux ne consigne pas la somme fixée par le tribunal dans le délai imparti, il est considéré comme ayant renoncé à son intention de répudier sa femme et sa demande ne sera pas prise en considération, le tout sera constaté par le tribunal. La relation conjugale demeure alors valable avec tous ses effets⁴. Par contre, dès que l'époux produit le reçu de dépôt de la somme exigé par le tribunal, le tribunal lui accord l'autorisation de faire constater le divorce par deux « Adouls », en fonction de la circonscription territoriale de son ressort. Cette autorisation ne peut faire l'objet d'aucun recours⁵.

Les nouvelles dispositions du Code de la famille marocain en matière du divorce permettent à l'épouse d'obtenir plus des droits, afin d'être protéger contre le pouvoir discrétionnaire du mari, et

¹ B. AGAHI-ALAOUI, « L'autorité maritale en droit iranien et marocain ». éd, 2010. p. 392.

² Article 83 du Code de la famille.

³ Ces droits comprennent : Article 84 : « Les droits dus à l'épouse comportent : le reliquat du sadaq, le cas échéant, la pension de la retraite de viduité (Idda) et le don de consolation (Mut'a) qui sera évalué en prenant en considération la durée du mariage, la situation financière de l'époux, les motifs du divorce et le degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux. Durant la retraite de viduité (Idda), l'épouse réside dans le domicile conjugal ou, en cas de nécessité, dans un logement qui lui convient et en fonction de la situation financière de l'époux. A défaut, le tribunal fixe le montant des frais de logement qui sera également consigné au secrétariat-greffe du tribunal au même titre que les autres droits dus à l'épouse ».

Article 85 : « Les droits à pension alimentaire dus aux enfants sont fixés conformément aux articles 168 et 190 ci-dessous, en tenant en compte de leurs conditions de vie et de leur situation scolaire avant le divorce ».

⁴ Article 86 du Code de la famille.

⁵ Article 87 du Code de la famille .

d'assurer que l'épouse pourrait faire valoir ses droits, notamment en ce qui concerne la réparation du préjudice moral ou matériel causé par le divorce, la garde des enfants, la pension alimentaire, le logement, le partage des biens acquis pendant le mariage, etc.

- la rupture du lien conjugal par la femme

En général, dans la plupart des pays d'obéissance musulmane, la femme ne jouit pas des droits égaux à ceux de l'homme lors de la dissolution du mariage. Elle peut inclure dans le contrat de mariage une clause qui lui donnerait le droit de se faire répudier¹.

Toutefois, le législateur marocain, pour remédier aux difficultés de l'obtention du divorce par la femme, a créé de nouvelles procédures permettant à la femme de demander le divorce sur un pied d'égalité avec l'homme.

Si l'homme dispose toujours du divorce par volonté unilatérale, la femme obtient, désormais, le divorce par le recours au divorce pour discorde².

Il est admis, aujourd'hui, que les tribunaux peuvent, sans contredire aux principes de droit musulman, accorder la rupture du lien conjugal à l'initiative de la femme. Dans cette hypothèse, la procédure de cette rupture est ouverte dans les cas suivants :

- Lorsque l'épouse refuse la polygamie de son époux³
- Lorsqu'elle n'arrive pas à prouver le préjudice, dans le cas de divorce pour préjudice⁴.
- Lorsque le mari refuse de consentir au khôl'a ; alors que l'épouse persiste dans sa demande pour l'obtenir⁵.
- Lorsque le mari procède à la révocation du divorce, pendant le délai viduité, alors que la femme refuse de reprendre la vie conjugale⁶.

En effet, le divorce pour discorde, est venu résoudre la situation où l'application de certaines dispositions du code conduit la femme à une impasse⁷. La création de ce mode de la dissolution du mariage a profondément amélioré la situation de la femme. Nous démontrerons cette transformation en mettant en lumière les nouveaux principes en matière de divorce.

¹ Le femme peut utiliser la formule de « Talaq » dans l'une des situations suivantes : - Le « Tamlik » quand elle possède le droit de répudier (ce droit peut être consigné dans le contrat matrimonial ou dans un autre contrat).

- Le « Takhyr » ou le droit d'option, quand le mari ne veut pas divorcer, mais lui confie l'option de maintenir ou mettre fin à leur vie conjugale.

- Le « Tafwid » ou la délégation, il s'agit là d'une procuration donnée oralement ou par écrit par l'époux à son épouse pour formuler le Talaq.

² Article 94 du nouveau Code de la famille marocain.

³ Article 45 du nouveau Code de la famille marocain.

⁴ Article 100 du nouveau Code de la famille marocain.

⁵ Article 120 du nouveau Code de la famille marocain.

⁶ Article 124 du nouveau Code de la famille marocain.

⁷ F. SAREHANE, « L'application du Code marocain de la famille : le mariage et le divorce », sous la direction de J.POUSON-PETIT, op. cit. p. 82.

2) – L'avènement des nouveaux principes en matière de divorce

Les principes qui se sont imposés dans le Code de la famille, sont la liberté (a), l'égalité (b). Cependant, la mise en œuvre de leur fonctionnement, leur portée, leurs limites, permet de réaliser une véritable évolution du système juridique marocain.

Il nous faut donc montrer comment ces principes se sont immiscés dans notre Code de la famille.

a – Le principe de l'égalité

Le Code de la famille marocain s'inspire des règles de l'Ijtihad fondées sur le respect du principe de l'égalité des sexes. La nouvelle réforme, abroge ou complète certaines dispositions de droit musulman, est caractérisée par une recherche de l'égalité entre époux et entre les enfants.

Jusqu'à l'année 2004 la législation marocaine en matière de la dissolution du mariage est restée conservatrice et inégalitaire. À partir du février 2004, l'apparition du phénomène de la démocratie et de l'égalité ont contribué à la mise en œuvre des solutions doctrinales¹ prônant des droits égaux à la dissolution du mariage tantôt comme sanction², tantôt comme convention³ et enfin comme répudiation⁴.

En effet, avec la nouvelle réforme, le Maroc est passée à la consécration d'un équilibre entre les époux, pour l'accès à la dissolution du mariage. Si l'homme dispose toujours du divorce par volonté unilatérale⁵, la femme obtient nécessairement le divorce par le recours au divorce pour discorde⁶.

La situation de la femme et des enfants ont bien été améliorée avec ce nouveau Code de la famille qui les a offerts des nouveaux droits afin de leurs protéger face aux droits exorbitants du mari.

Le nouveau divorce pour discorde a profondément bouleversé les conditions de la séparation. Ce divorce occupe désormais quatre articles dans le nouveau Code de la famille⁷.

En vertu des dispositions de ces articles, le divorce peut être demandé par l'un des partis en cas d'une discorde qui oppose les époux. Il y a donc ici un vrai changement. Le divorce pour discorde se base sur la notion de l'égalité dans la séparation conjugale, en opposition avec la notion

¹ Surtout l'école Hanafite qui prône plus de liberté et égalité entre l'homme et la femme.

² Lorsque le divorce est destiné à réprimer les fautes conjugales commises par un époux. C'est le divorce pour préjudice.

³ Il peut être prononcé du consentement mutuel des époux. C'est la conception qui est innovée par le nouveau Code de la famille marocain.

⁴ Lorsqu'un conjoint peut décider unilatéralement de mettre fin au mariage. C'est le type le plus pratiqué dans la plupart des pays musulmans.

⁵ Surtout par la répudiation dont le mari peut répudier sa femme à tout moment et pour n'importe quelle cause.

⁶ Article 94 du nouveau Code de la famille marocain.

⁷ Les articles 94, 95, 96, 97.

discriminatoire pratiquée pendant longtemps. Ce nouveau divorce pourra être demandé par l'un des époux qui persiste sur sa volonté de la rupture de lien conjugal.

Le divorce pour discorde consacre un véritable principe de l'égalité des sexes. Au nom de ce principe, on reconnu désormais à chaque époux le droit de faire librement le constat de l'échec de son union en mettant fin à une communauté de vie à laquelle il ne consent plus, même si aucune faute ne peut être invoquée devant le juge.

Le législateur marocain a donc équilibré la notion de divorce, tant pour l'homme que pour la femme, chacun selon ses conditions propres.

Néanmoins, le principe de l'égalité appliqué au Maroc n'est pas conçu comme impliquant une identité de droits et de devoirs entre les deux époux. Mais, il édicte des règles différentes pour l'homme et pour la femme, construisent plutôt l'égalité en terme de spécificité et de complémentarité des statut de l'homme et de la femme, dans la famille et dans la société¹. Ceux qui risque fort de ne pas trouvé un bon accueil par les juridictions étrangères, surtout européennes.

b – Le principe de la liberté

Comme l'égalité, le principe de la liberté est attaché à l'accès au divorce. Il découle de la faculté de réaliser sans entrave imprévue la rupture du lien conjugal.

Pendent longtemps, la dissolution du mariage a reposé sur des principes intangibles et immuables, exclusifs de toute autonomie individuelle. Le caractère de la famille à l'époque, expliquait et légitimait la volonté de l'Etat d'exercer un pouvoir pour garantir et légitimer les décisions du mari. Mais l'évolution individualiste au cours de la fin du XXe siècle, conséquence de la libération des mœurs, a entraîné une évolution de la conception même du divorce. La liberté individuelle devait alors également être protégée contre les atteintes que pourraient lui porter, de façon générale, les liens familiaux. Progressivement, une place importante a été laissée à la volonté des époux (surtout la femme) en matière de la dissolution du mariage. Si les époux avaient été libres de s'unir et qu'ils devaient, de la même façon, être libres de se séparer.

Cependant, dans le cadre du Code de la famille marocain, les époux ont désormais une liberté importante, notamment celle qui concerne la rupture unilatérale du lien conjugal. A cet égard, le législateur de 2004 a privilégié de manière générale, la volonté des parties en matière du divorce et laisse très peu de marge à l'intervention du Juge. Le législateur a en effet promu un

¹ H. FULCHIRON, « Polygamie et répudiation en France, entre ouverture et prohibition », rapport d'activité du réseau de recherche Droits fondamentaux relatif à la vie familial. Nov 2004.

divorce-liberté, notamment symbolisé par le divorce par discorde et le divorce par consentement mutuel.

Corrélativement on a constaté un déclin de la répudiation qui était considérée comme une possibilité au mari de se défaire d'une manière unilatérale et sans motif des liens du mariage. Désormais, les limites¹ imposées au mari qui veut répudier sa femme, constituent un obstacle qui lui empêche de répudier sa femme sans motif valable.

Cependant, l'instauration du divorce pour discorde est le résultat d'une libération continue du divorce dont la liberté individuelle constitue le moteur. Un respect absolu de la liberté individuelle d'un époux serait de pouvoir retrouver sa liberté et donc mettre un terme à son mariage à tout moment. Et la loi du 2004 a considérablement consacré ce principe, dont le législateur a assoupli la procédure d'accès au divorce.

En général, l'évolution des mœurs a fait surgir un phénomène important : celle de la liberté individuelle. Aujourd'hui, il n'est plus concevable d'imposer le maintien d'un lien conjugal entre deux personnes qui ne le souhaitent plus, voire lorsque l'un d'eux ressent le lien conjugal comme définitivement altéré.

La réforme de la Moudawana constitue une avancée dans la protection de ce principe. Désormais, ce n'est plus la loi qui exerce une contrainte sur les époux mais leurs libertés individuelles.

Le principe de la liberté individuelle posé par le nouveau Code de la famille est réaffirmé par la nouvelle constitution², cette dernière consacre indirectement la liberté des couples, en abolissant toute distinction entre l'époux et l'épouse en matière familiale.

En définitif, il est clair que le législateur marocain a fait preuve dans ce nouveau Code d'un esprit de modernité de la société, bien qu'il ait donné naissance à des principes fondamentaux : liberté et l'égalité dans la famille marocaine. Toutefois, cette libération a profondément affaibli l'engagement conjugal. Il ne s'agit plus d'un engagement réciproque pris pour la durée de l'existence puisque chacun peut décider librement de le rompre sur le seul motif que l'union ne lui convient plus.

¹ Voir nos développements, p. 13 ;

² L'article 19 de la constitution marocaine : « L'homme et la femme jouissent à égalité des droits et liberté à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncé dans le présent titre et dans les autres dispositions de la constitution, ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dûment ratifiés par le Royaume. »