

## LES DISPOSITIONS DU CODE ALGÉRIEN DE LA FAMILLE

L'élaboration d'une loi régissant les rapports familiaux n'a pas été sans difficultés en Algérie. Après une multitude de projets tous avortés (1), la loi portant code de la famille, fut adoptée le 9 juin 1984 (2). Le souci majeur des responsables algériens a été de surmonter les querelles idéologiques, qui jusque-là, avaient dominé la question suivante : fallait-il maintenir en vigueur le décret de 1959, ou fallait-il l'écartier au profit du droit musulman ?

Par une loi datée du 31 décembre 1962 (3), le législateur avait décidé la reconduction de la législation en vigueur, jusqu'à nouvel ordre, sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale. Dans les rapports familiaux, rien ne portait atteinte à la souveraineté nationale ; c'est pourquoi le décret de 1959 fut maintenu. Mais la confusion est née dès la promulgation du code civil (4) qui disposait dans son article premier, qu'en l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman. Fallait-il considérer le texte de 1959 comme abrogé ? On est tenté de le croire mais, dans le système juridique algérien, ledit décret ne pouvait perdre sa place en tant que première source de droit, au profit du droit musulman qui n'occupe que la seconde position dans la hiérarchie des sources. En effet, au sommet de celle-ci se trouve la loi ou le décret ; en l'absence d'une disposition légale ou réglementaire, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume. Le cas échéant, le juge a recours au « droit naturel » et aux règles de l'équité.

C'est ainsi que le décret de 1959 et le droit musulman furent à l'origine d'une redoutable querelle idéologique : les partisans de l'application du décret de 1959,

(1) Un premier projet de code de la famille a été élaboré en 1966. Il n'a jamais été adopté. Puis, lui succéda celui de 1973. En 1981, on parlait déjà d'un troisième projet.

Cf. : *L'Unité* (organe central de l'Union nationale de la jeunesse algérienne), mai 1980, n° 77, p. 21.

Cf. également *El Djazairia* (revue mensuelle de l'Union nationale des femmes algériennes), 1980, n° 75.

Cf. enfin les débats relatifs au dernier projet in *El Moudjahid*, quotidien national d'information, déc. 1981 - janv. 1982.

(2) Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant code de la famille, *Journal Officiel* de la RADP du 12 juin 1984.

(3) Loi n° 26-157 de 1962.

(4) Loi du 26 sept. 1975 portant code civil.

réformistes, invoquaient l'évolution des mœurs. Le courant traditionnaliste invoquait la toute puissance du droit musulman et condamnait le décret de 1959 pour son origine coloniale d'abord, et parce qu'il avait été élaboré par des non-musulmans ensuite. La jurisprudence de cette période était imprégnée d'un caractère hybride. Toutefois, il convient de noter que les arrêts de la cour suprême — sans qu'ils aient fait jurisprudence — étaient généralement orientés vers le droit musulman. Après de longs débats et une multitude d'avant-projets (5), le code de la famille a été adopté.

Quelles en sont les tendances ? En d'autres termes, et compte tenu de l'impact de l'Islam sur la vie politique et sociale en Algérie, cette loi se montre-t-elle respectueuse des préceptes islamiques ou au contraire, s'en est-elle écartée ?

Nous nous proposons de donner un aperçu des dispositions de ce code, à partir des principales institutions qui régissent la vie familiale. L'accent sera particulièrement mis sur les aspects les plus frappants ayant trait notamment au statut de la femme.

Le code de la famille algérien comporte 223 articles répartis en quatre livres.

Le livre premier est consacré au mariage et à sa dissolution.

Le livre deuxième traite de la représentation légale.

Le livre trois est relatif aux successions.

Le livre quatre régleme les dispositions testamentaires, legs, donations, waqfs.

## I. — DU MARIAGE ET SA DISSOLUTION

L'article 4 du code de la famille définit le mariage comme un contrat passé entre un homme et une femme dans les formes légales. Par ailleurs, l'accent est mis sur les buts du mariage, à savoir : fonder une famille basée sur l'affection, la mansuétude et l'entraide, la protection morale des deux conjoints ainsi que la préservation des biens familiaux.

Il convient de noter à cet égard que le législateur s'est totalement détaché de la définition classique du mariage. En effet, selon la tradition, le mariage musulman est un contrat synallagmatique, par lequel un homme s'engage à verser une dot à une femme et à pourvoir à son entretien ; en contrepartie d'entretenir avec elle licitement des rapports intimes. Selon cette conception, l'accent est mis sur l'objet du mariage dans son acception la plus étroite : son aspect physiologique. Aujourd'hui pareille vision n'est plus admise, compte tenu de l'évolution des mœurs : le législateur définit le mariage à partir de son but, et passe sous silence son objet.

(5) Avant-projets de 1966, 1973, 1981.

## LES FIANÇAILLES

En vertu de l'article 5, al. 1 du code de la famille (CF), les fiançailles constituent une promesse de mariage ; chacune des deux parties peut y renoncer. Le principe admis par la loi musulmane et la nouvelle codification est que les fiançailles ne constituent pas un contrat ; par conséquent elles ne peuvent lier les parties.

Mais quid de la rupture de ces fiançailles ? Selon la loi musulmane, le problème de la sanction de la rupture des fiançailles n'est abordé que du point de vue du sort des cadeaux offerts par l'un ou l'autre fiancé. Un tel intérêt porté aux présents, se justifie par l'idée que ces cadeaux peuvent être liés à une condition essentielle du mariage : la dot. Le fiancé qui se dérobe ou qui est évincé, peut prétendre que ces présents constituent ou non un acompte sur la dot. Il peut avoir gain de cause quand bien même il serait responsable de la rupture ; la dot n'étant acquise que par le mariage et celui-ci n'existant pas, la dot n'a plus de raison d'être. Au préalable, la nature de ces présents doit être établie, en ce sens qu'ils constituent un acompte sur la dot. Mais quid lorsque la preuve n'est pas établie ? Selon le droit malékite et en l'absence de coutume, la femme restitue les cadeaux (6) si elle est responsable de la rupture, elle les conserve si la rupture est imputable au fiancé. La même règle est consacrée par les alinéas 3 et 4 de l'article 5 du CF.

L'alinéa 2 du même article comporte une innovation : s'il résulte de la renonciation, un dommage matériel ou moral pour l'une des deux parties, la réparation peut être prononcée. L'innovation est de taille par rapport à la loi musulmane qui ne connaît pas la notion de responsabilité délictuelle en matière de statut personnel (7).

## LA POLYGAMIE

L'article 8 du CF permet à l'homme de contracter mariage avec plus d'une épouse. La permission polygamique n'est pas absolue, elle est subordonnée à certaines conditions.

— *Les conditions classiques* : Elles résident dans le nombre. C'est-à-dire que la tétragamie est permise ; au-delà de quatre épouses le mariage est réputé nul de nullité absolue ; plus encore, il représente un péché ou un interdit grave : *haram*. Le mari doit en outre, et conformément à la loi musulmane, être apte à subvenir aux besoins matériels de ses épouses ; il doit également être équitable envers elles. L'équité est prise dans son acception matérielle, c'est-à-dire qu'il doit leur fournir le même entretien. Au plan sentimental, sachant qu'il est impossible à l'homme de réaliser cette égalité, elle est écartée catégoriquement par la loi musulmane (8).

(6) Du moins ce qui n'a pas été consommé.

(7) Dans le droit musulman et contrairement aux systèmes européens, le droit de la famille proprement dit — appelé imparfaitement statut personnel — constitue un code distinct du code civil. C'est pourquoi la réparation du dommage subi par la victime de la rupture, selon le droit commun de la responsabilité, ne peut être envisagée.

(8) Cf. : Zakaria BARI, *Ahkam el ousra fi chariâa*, le Caire, 1971.

— *Les innovations* : Il y a d'abord « le motif justifié ». A cet égard une circulaire relative à l'établissement des actes de mariage avec plus d'une épouse (9) apporte certaines précisions. En effet, après avoir rappelé le principe de la monogamie et les nécessités de la polygamie (guerre, maladie, stérilité), la circulaire du ministère de la Justice explique que la justification du motif du remariage doit se faire par la présentation d'un certificat médical émanant d'un spécialiste et attestant la maladie ou la stérilité de l'épouse. Mais la présentation de ce certificat ne permet pas l'établissement immédiat de l'acte de mariage. Il faut en outre l'information préalable des future et précédente épouses. Après réception de la preuve médicale, l'officier d'état-civil avise les deux femmes et inscrit leur acceptation ou leur refus. Cette inscription ne sera qu'une formalité, susceptible de soutenir une éventuelle demande en divorce de l'une ou l'autre femme. L'opposition de la femme au remariage de son époux ne peut donc en aucun cas faire obstacle à l'établissement de l'acte de mariage. La seule possibilité pour l'épouse est donc la demande en divorce.

#### LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU MARIAGE

Dans la formation du lien matrimonial, le consentement des futurs conjoints, la présence du tuteur matrimonial, deux témoins (10) et la constitution d'une dot sont exigés (art. 9).

Selon la tradition, le mariage est formé par le simple échange des consentements encore que la femme ne soit pas habilitée à exprimer personnellement son accord. Elle se fait représenter par son tuteur matrimonial. La présence de deux témoins, quant à elle, est de nature à assurer une certaine publicité à l'union.

Le législateur ne s'est pas totalement écarté de cette tradition, si ce n'est quant à l'exigence d'une dot au profit de la femme. Il a donc adopté la thèse malékite qui consacre la règle selon laquelle il n'y a pas de mariage sans constitution de dot. En revanche le problème du tuteur matrimonial doit être posé, car il donne un certain regain à cette ancienne institution qui est le droit de *djeb*r ou contrainte matrimoniale.

#### LA CONTRAINTE MATRIMONIALE

Selon le droit classique, le droit de *djeb*r désigne le pouvoir du père de marier son enfant impubère, sans le consulter ou contre son gré. Cette prérogative principalement paternelle traduit la dominante patriarcale de la famille musulmane. Ce pouvoir discrétionnaire n'est pourtant pas l'œuvre du Coran. Cette forme de tutelle s'applique indistinctement au garçon comme à la fille. Toutefois, en règle générale, le garçon échappe à ce pouvoir dès sa puberté, alors que la fille ne peut y échapper tant qu'elle n'a pas été mariée. Si elle perd sa virginité accidentellement ou à la suite d'un mariage, elle est habilitée à donner son consentement.

(9) Cf. : Circulaire n° 102/84 du 23 déc. 1984, direction des affaires civiles, Ministère de la Justice, Alger.

(10) Signalons qu'en matière de témoignage, la voix de deux femmes vaut celle d'un homme en droit musulman. Dans le monde arabe seul le législateur tunisien opère une égalité stricte entre l'homme et la femme.

Le législateur semble avoir tranché en faveur de l'abolition de cette tutelle, puisque le consentement de l'époux est exigé pour la formation du mariage (art. 9 CF). Il semble d'ailleurs — conformément à l'enseignement malékite — que le rôle du tuteur se limitera à sa présence lors de la conclusion du contrat.

Il convient de noter à cet égard que la **présence** du tuteur matrimonial se distingue de l'**intervention** du tuteur en cas de minorité de l'époux. Cette règle, étrangère au droit musulman, s'applique indistinctement à l'homme et à la femme dès lors que le contractant est mineur. Elle se distingue aussi du cas de la représentation du conjoint par un mandataire, investi d'une procuration (art. 20 CF).

Mais quid lorsque la femme désire contracter mariage alors que le tuteur oppose un refus ? Le principe admis par l'art. 12, al. 1 du CF est que le tuteur ne peut empêcher la personne placée sous sa tutelle de contracter mariage si elle le désire. Cette règle demeure dans la voie de l'abolition de la contrainte matrimoniale. Mais l'alinéa 2 du même article apporte une exception à la règle : le père peut s'opposer au mariage de sa fille *bikr* (11) si tel est l'intérêt de sa fille. Cette disposition n'est que l'expression de la survivance de la contrainte matrimoniale car si la fille *bikr*, qui ne s'est donc jamais mariée, est mineure, on conçoit aisément que le mariage ne puisse avoir lieu sans le consentement du tuteur. Mais si cette fille *bikr* est majeure (12), plus encore s'il s'agit d'une « vieille fille », peut-on concevoir le devoir pour elle de se plier à la volonté du père qui s'oppose à son mariage ? Là réside l'anomalie en fait, mais la règle est justifiée par l'intérêt de la fille. On suppose, dans ce cas, que le père est le mieux à même d'apprécier l'intérêt de son enfant.

#### LES EMPÊCHEMENTS AU MARIAGE

Fidèle à la tradition, le législateur divise ces empêchements en deux catégories : empêchements absolus, qui sont la parenté, l'alliance et l'allaitement (art. 24 CF) ; empêchements provisoires, qui concernent la femme déjà mariée, la femme qui observe une période de retraite légale consécutive à un divorce ou au décès du mari, la femme divorcée par trois fois, enfin celle qui viendrait en sus du nombre légalement permis (13).

#### MARIAGE VICIÉ ET MARIAGE NUL

Le mariage est déclaré nul si l'un des éléments constitutifs est vicié ou si il comporte un empêchement, une clause contraire à l'objet du contrat ou si l'**apostasie** du conjoint est établie (art. 32 CF). L'apostasie du conjoint est cause de nullité du mariage. En vertu de cette règle lorsque l'un des époux renonce à l'Islam le mariage est nul.

(11) *bikr* désigne en arabe la femme qui ne s'est jamais mariée. Quant au terme *theib* il désigne la condition de la femme déflorée, soit à la suite d'un mariage, soit accidentellement.

(12) C'est-à-dire âgée de dix-huit ans selon le droit algérien.

(13) C'est-à-dire la cinquième femme. Elle est prohibée tant que l'homme est marié avec quatre femmes à la fois ; si une union est rompue, celle-ci devient possible.

Mais il existe une autre forme d'empêchement au mariage, de la femme notamment, c'est celle tenant à la différence des cultes : la musulmane ne peut épouser un non-musulman (art. 31). La fidélité du législateur aux préceptes coraniques en la matière est incontestée (14).

En revanche s'agissant des rapports entre époux, on constate une certaine évolution voire même quelques innovations.

#### DES DROITS ET DEVOIRS DES DEUX CONJOINTS

Mis à part les devoirs classiques des époux — obligation du mari de subvenir à l'entretien de l'épouse et d'agir en toute équité envers ses épouses (art. 37, al. 1 et 2 CF), obligation de l'épouse d'obéir à son mari, d'allaiter ses enfants... —, le législateur algérien a adopté une voie nouvelle dans les rapports entre époux : on assiste à la naissance d'une certaine mutualité conjugale.

En effet l'ancienne suprématie maritale consacrée par le Coran, fait place progressivement à la contribution conjointe des époux et à l'obligation de vie commune. La notion « d'intérêt de la famille » justifie cette participation de la femme à la direction morale du ménage. Quant à sa contribution aux charges du ménage, elle n'est nullement exigée, et le mari est tenu de lui fournir l'entretien nécessaire, quand bien même elle aurait des biens propres. Le mari est donc le seul débiteur et, en cas d'inexécution, la femme est habilitée à demander le divorce.

#### DE LA FILIATION

Fidèle à la loi musulmane, le législateur ne reconnaît que la filiation légitime : « l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal, de la possibilité des rapports sauf désaveu de paternité par les procédures légales » (art. 41). Conformément à la loi musulmane, l'enfant naturel est rattaché à sa mère et n'a pas droit aux subsides de la part de son auteur, même si celui-ci est connu. Enfin l'adoption est interdite (art. 46 CF) conformément au droit classique.

#### DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE

En vertu de l'art. 47 CF, la dissolution du mariage intervient par le divorce ou le décès de l'un des conjoints.

Cet article semble exprimer une idée nouvelle : la judiciarisation du divorce. Selon le droit musulman, le divorce judiciaire n'est qu'une forme de dissolution du mariage intervenant notamment à la demande de l'épouse. Le véritable divorce est celui qui accorde au mari un pouvoir discrétionnaire en sa qualité de maître du lien conjugal : c'est la répudiation, acte privé qui ne nécessite aucune intervention étrangère, si ce n'est la présence d'arbitres familiaux dont la mission, est

(14) Quant au législateur tunisien par exemple, il observe le silence à l'égard de cette règle. Mais il semble que la jurisprudence ait interprété ce silence comme une interdiction. Cf. Ch. CHEHATA « Notes de droit musulman sur le mariage mixte », *Revue juridique et politique indép. et coop.*, janv.-mars 1976, p. 130.

de tenter de concilier les époux. La répudiation se résume au prononcé d'une formule par le mari « tu es répudiée » ou « je te répudie ». La volonté seule du mari peut rompre le mariage.

De nombreux abus furent constatés à travers les siècles et c'est pourquoi de nombreuses législations apportèrent des restrictions à l'ancienne répudiation. Mais un fait demeure constant : elle n'est jamais soumise à l'appréciation du juge. En Algérie, et en dépit de la disparition de la répudiation dans la loi, la question qui se pose est celle de savoir quel est le rôle du juge aujourd'hui face à la dissolution du mariage.

En vertu de l'art. 52 CF, il semble que le juge soit tenu de prononcer le divorce, c'est-à-dire d'entériner la décision du mari. Ce rôle passif du magistrat n'est qu'une forme nouvelle de la répudiation. Mais l'innovation réside dans le droit pour l'épouse aux dommages et intérêts si le juge constate que le mari aura abusivement usé de sa faculté de divorce (art. 52 CF). La théorie de l'abus de droit, jusque-là inconnue en droit musulman de la famille, s'instaure en droit algérien. Mais elle n'aura nullement pour conséquence d'annuler un divorce abusif. Son seul effet est d'accorder à la femme un droit à réparation pour le préjudice qu'elle subit. Il s'agit là aussi d'une application de la règle de la responsabilité de droit commun, appliquée à la rupture abusive des fiançailles.

#### DROIT DE GARDE ET DROIT AU LOGEMENT

« Lorsque la garde est dévolue à la mère et qu'elle n'a pas de tuteur qui accepte de l'accueillir, il lui est assuré, ainsi qu'à ses enfants, le droit au logement selon les possibilités du mari.

Est exclu de la décision, le domicile conjugal s'il est unique. » (art. 52, al. 2 et 3 CF).

Cette disposition a créé une certaine confusion. En effet en vertu de l'art. 467, al. 2 du code civil, en cas de divorce le juge peut désigner l'époux qui bénéficie du droit au bail, compte tenu des charges par lui assumées, notamment de la garde des enfants. Conformément au droit musulman, le droit de garde revient de préférence à la mère et d'une manière plus générale à la branche maternelle. Les tribunaux se sont jusque-là montrés respectueux de cette tradition. C'est pourquoi, dans la quasi-totalité des divorces, la garde des enfants revient à la mère ; par conséquent le droit au bail lui est acquis.

L'art. 53, al. 2 CF pose le même principe, mais le nuance par cette formule : « ... si elle n'a pas de tuteur qui accepte de l'accueillir ». En termes clairs le législateur accorde le divorce au mari, le droit de garde à la mère, mais incite la femme à se réfugier chez son tuteur ! Nouvelle formule pour alléger les charges du mari liées à l'après-divorce ! C'est seulement lorsqu'elle n'a pas de tuteur qui accepte de l'accueillir que la femme pourra prétendre au droit au logement et dans la mesure des possibilités du mari. L'alinéa 3 du même article assure une autre protection au mari : si le domicile conjugal est unique il est exclu de la décision. Compte tenu de la crise aiguë du logement en Algérie, il est inutile de rechercher combien de ménages possèdent plus d'un logement !

Il faut noter une autre innovation en matière de divorce : c'est celle dont dispose l'art. 55 CF : En cas d'abandon du domicile conjugal par l'un des deux époux, le juge accorde le divorce et le droit aux dommages et intérêts à la partie qui subit le préjudice. L'apport de la législation algérienne est de taille, parce que la loi établit une certaine égalité des époux en cas de divorce pour abandon du domicile conjugal. L'un et l'autre peuvent en effet prétendre aux dommages et intérêts. Jusque-là, c'était toujours la femme qui demandait des dommages et intérêts.

Peut-on concevoir que le mari puisse faire valoir ce droit devant les tribunaux ? Il est difficile d'y répondre, vu l'absence de jurisprudence en la matière. Mais l'on peut se référer au droit tunisien à cet égard. En effet, ce dernier a instauré une égalité stricte des époux en matière de divorce ; mais un droit de réparation est dû à l'époux innocent. La jurisprudence tunisienne a révélé que les maris « s'abstenaient » de demander des dommages et intérêts à leur épouse. En effet, selon l'expression d'un auteur : « dans la pratique l'homme a trop de fierté pour demander des dommages et intérêts à sa femme qui demande le divorce » (15).

#### DE LA RETRAITE LÉGALE

Le législateur a consacré à la retraite légale les art. 58 à 61 du CF, qui sont une parfaite formulation du droit musulman. Une seule nouveauté, la durée maximale de la grossesse est réduite : elle est désormais de dix mois. Alors que dans la doctrine musulmane elle varie entre six mois, durée minimale, et quatre ans, durée maximale, selon les rites.

La durée minimale de la grossesse résulte en droit musulman de la combinaison de deux versets coraniques : « Nous avons recommandé à l'homme la bienfaisance envers ses père et mère. Sa mère le porte avec peine, et le temps qu'elle porte l'enfant, de l'allaitement jusqu'au sevrage dure trente mois ». Coran II-VI-14. Quant au second, il précise : « Les mères répudiées allaiteront leurs enfants deux ans complets », Coran II-233.

Les juristes ont fixé le délai minimum de grossesse à six mois (30 mois moins 24 mois). Quant au délai maximum, n'ayant pas fait l'objet d'une disposition coranique, il est permis de constater d'extravagantes situations. Allant de deux à quatre ans pour les hanafites, ce délai peut se prolonger jusqu'à cinq ans chez les malékites.

La durée maximale de la gestation est relativement réduite dans le droit algérien. En effet, dans les autres législations (Maroc, Tunisie) elle est de douze mois.

#### LE DROIT DE GARDE

En matière de garde des enfants, après le divorce, le législateur manifeste un grand attachement au droit classique : le droit de garde est dévolu d'abord à

(15) M. MABROUK, « La femme en droit public tunisien », *Revue juridique et politique indépendance et coopération*, n° 4, 1974, p. 546.

la mère de l'enfant puis à la mère de celle-ci, puis à la tante maternelle, puis au père... (art. 69 CF). Mais le législateur innove en quelque sorte en se référant à « la notion d'intérêt de l'enfant » (16), notamment dans le jugement mettant fin à la garde. En effet et conformément au droit classique, la garde cesse pour l'enfant de sexe masculin à dix ans révolus et pour l'enfant de sexe féminin à l'âge de capacité de mariage. Le juge peut donc déroger à cette règle, si l'intérêt de l'enfant l'exige.

#### DES LITIGES RELATIFS AUX EFFETS DU FOYER CONJUGAL

Le principe posé par le droit musulman et maintenu par le législateur est le droit de la femme de disposer librement de ses biens. Cette capacité de la femme n'est pas sans poser le problème du régime des biens des époux en droit musulman.

Dans l'organisation de la famille musulmane une autorité quasi absolue est accordée au mari sur la personne de sa femme : **droit de répudiation, permission polygamique, droit de correction...** Tout cet arsenal érigé au seul bénéfice de l'époux semble contraster singulièrement avec l'absence totale d'un moindre contrôle ou droit de regard sur le patrimoine de l'épouse. Résumée schématiquement, la condition de la femme musulmane se caractérise par une dépendance personnelle et une indépendance patrimoniale.

A cet égard certains juristes occidentaux (17) se sont posé la question de savoir s'il existait réellement un régime matrimonial dans le droit musulman ?

La règle posée par le droit musulman est celle de l'autonomie financière de la femme et son corollaire, la non-ingérence du mari. Ce dernier est considéré comme étranger aux biens de sa femme. En revanche, les biens du mari forment en quelque sorte des biens communs, parce que l'obligation d'entretien de la femme lui incombe. Lorsque le mari manque à cette obligation, la femme est habilitée à prélever sur les biens du mari afin de subvenir à ses besoins. Cette règle date du temps du Prophète.

De là vient donc l'originalité du système de la séparation des patrimoines en droit musulman. Alors que certaines législations — Tunisie et l'avant-projet de code de la famille algérien — adoptent le principe de la contribution de la femme aux charges du ménage, lorsqu'elle a des biens, le législateur algérien se montre réticent à cet égard. Mais en dépit de ce parti pris du législateur — pleine capacité de la femme — il semble qu'en réalité une certaine confusion peut naître, du fait de la communauté de vie. En effet, il est inconcevable que deux êtres qui ont mis toutes leurs ressources affectives en commun vivent aussi détachés l'un de l'autre au plan patrimonial. C'est cette constatation, d'ailleurs, qui amène le législateur à proposer des solutions en cas de litiges relatifs aux effets du foyer conjugal.

(16) Sur la notion de l'intérêt de l'enfant voir : M. BORRMANS, « La garde de l'enfant et son évolution en Tunisie », *IBLA*, 1967 : 191.

Cf. : R. SEBBAG, « l'évolution du droit de garde dans les pays du Maghreb », *Revue tunisienne de Droit*, 1969, n° 449.

(17) Cf. : A. COLOMER, « Régime matrimonial en Islam » in *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, 2<sup>e</sup> éd., A. Pedone, Paris, 1974, p. 525 et suivantes ; voir aussi : *Cour d'Appel d'Alger* (chambre de révision musulmane), 18 déc. 1933. *Rev. Alg.* 1933 : 74.

En vertu de l'article 73 CF, en cas de litige entre les époux relatif aux effets mobiliers du domicile, sans qu'aucune preuve ne soit fournie, il est fait foi aux déclarations de l'épouse — sous serment — quant aux choses à l'usage des femmes. Lorsqu'il s'agit de choses propres à l'usage des hommes il est fait foi aux déclarations du mari, sous serment aussi. L'échange de serment en droit musulman est une présomption irréfragable ; elle met fin immédiatement au litige. Mais quid lorsque les objets sont communément utilisés par les hommes et les femmes ? Ils sont partagés entre les deux époux, sous serment de chacun (art. 73, al. 2 CF).

#### DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Dans les rapports familiaux, le mari est tenu de subvenir à l'entretien de son épouse. Toutefois, l'entretien n'est dû à l'épouse qu'à dater de la consommation du mariage ou si la « femme le requiert sur la foi d'une preuve » (art. 74, in fine). Cette dernière phrase mérite une attention particulière. Elle concerne le cas où le mariage est conclu alors que le mari en diffère la consommation. C'est donc une manière pour lui de se dérober. Pour déjouer ses projets, la loi permet à la femme — qui partage la vie de ses parents — de fournir la preuve de son aptitude à la consommation du mariage, en d'autres termes qu'elle est prête à partager la vie avec son époux. A partir de ce moment, même si le mariage n'est pas consommé, elle a droit à l'entretien. Toutefois, la femme perd son droit à l'entretien en cas d'abandon du domicile conjugal (art. 37, al. 1 CF).

L'obligation alimentaire incombe au mari aussi, envers ses enfants : pour les mâles, l'entretien est dû jusqu'à leur majorité ; pour les filles jusqu'à la consommation du mariage (art. 75, al. 1 et 2 CF). Toutefois, on perçoit une certaine innovation, allant dans le sens d'une certaine contribution de la femme aux charges du ménage : en cas d'incapacité du père, l'entretien des enfants incombe à la mère (art. 76 CF).

Selon la loi musulmane, le mari demeure seul débiteur dans ce cas : la femme lui avance, en quelque sorte, les sommes nécessaires à l'entretien des enfants communs. Rien de tel n'est prévu par le code de la famille.

## II. — DE LA REPRÉSENTATION LÉGALE

#### DE LA TUTELLE (18)

Elle est régie par les articles 87 à 91 du CF. Les termes « mineur » ou « majeur » connus dans les législations d'aujourd'hui sont insignifiants en droit musulman. En vertu de ce droit, l'aptitude de l'individu à être titulaire de droits se réalise en quatre étapes distinctes : les périodes de non-discernement, de discernement, de puberté, enfin celle de la pleine aptitude. La capacité d'exercice

(18) Il existe une loi relative à la réforme de la tutelle et de l'absence, en Algérie, datée du 11 juillet 1957 ; mais elle a été peu pratiquée par les tribunaux. Voir à cet effet : A. COLOMER, « La réforme du régime de la tutelle et de l'absence en droit musulman algérien », *Revue algérienne*, nov.-déc. 1959 : 97.

n'est pas subordonnée à un âge déterminé. A cet égard, les juristes distinguent deux majorités. L'une relative aux biens ou « majorité chrématique », l'autre relative à la personne ou « majorité somatique ».

Avant leur majorité chrématique, le garçon et la fille, mineurs en quelque sorte, sont soumis à une tutelle. Mais la confusion naît dès lors qu'il s'agit d'une majorité somatique, notamment en ce qui concerne la femme. En effet, celle-ci est soumise à une tutelle matrimoniale, qui donne pouvoir au tuteur de s'opposer à son mariage, si l'intérêt de celle-ci l'exige (art. 12, al. 2). Les deux tutelles ne doivent donc pas se confondre, bien que le même vocable, *wilaya*, soit employé en arabe.

La tutelle dont disposent les articles 87 et suivants, est une tutelle qui s'exerce sur les biens de l'enfant mineur. Aucune distinction ne s'opère entre le garçon et la fille. Cette tutelle est exercée par le père : c'est lui qui est tenu de gérer les biens de son pupille. Une nouveauté toutefois : l'exercice de la tutelle revient de plein droit à la mère en cas de décès du père.

L'innovation réside dans le fait qu'en vertu du droit malékite notamment, la mère n'est jamais instituée tutrice de plein droit. Elle doit en être investie par testament de l'époux ou du tuteur légal (souvent le juge, à défaut de père). Cette tutelle de la mère ne peut donc être envisagée sur la personne de l'enfant, encore moins sur la fille. En effet, toujours selon le droit classique auquel le législateur demeure fidèle, en vertu de la tutelle testamentaire de la mère (elle s'exerce à la fois sur la personne et les biens de l'enfant), celle-ci peut marier son enfant de sexe masculin, en exerçant sur lui le pouvoir du tuteur matrimonial. En revanche, elle n'est jamais habilitée à marier sa fille, même incapable. Il s'agit d'une règle héritée d'une citation du Prophète selon laquelle une femme ne pouvait marier une autre femme.

En cas d'incapacité ou de décès de la mère, instituée tutrice légale, il est désigné un tuteur testamentaire (art. 92 CF). En l'absence d'un tuteur légal ou testamentaire, le tribunal désigne un curateur, le *moukaddam* (art. 99 CF).

#### DU DISPARU ET DE L'ABSENT

Le disparu est la personne absente dont on ignore le sort. Il lui est assimilé l'absent empêché durant une année par des raisons de force majeure de rejoindre son domicile ou de reprendre la gestion de ses affaires (art. 109 et 110 CF). L'absent ou le disparu n'est déclaré tel que par jugement. Le jugement de décès du disparu en temps de guerre ou en des circonstances exceptionnelles, peut être prononcé passé un délai de quatre ans, après investigations (art. 113 CF). Il convient de noter le droit pour l'épouse du disparu (ou de l'absent) de solliciter le divorce, pour absence de plus d'un an sans excuse valable ou sans pension d'entretien (art. 53, al. 5 CF).

La succession du disparu n'est ouverte qu'après le prononcé du jugement déclaratif du décès.

DU RECUEIL LÉGAL OU *KAFALA*

Pour parer aux difficultés liées à l'interdiction de l'adoption (art. 46 CF), le législateur permet le recueil légal. C'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 (art. 116 CF). La *kafala* est établie par un acte légal. L'originalité de la *kafala* réside dans la condition de l'enfant recueilli : il peut être de filiation connue ou inconnue (art. 119 CF). Par ailleurs, la loi exige du titulaire du droit de recueil légal dit *kafil*, d'être musulman.

S'agissant du nom de l'enfant recueilli, il garde sa filiation d'origine, s'il est de parents connus (19). S'il est de filiation inconnue, conformément à l'art. 64 du code de l'état-civil, l'enfant est désigné par une suite de prénoms dont le dernier lui sert de nom patronymique.

Le recueil légal est rarement pratiqué, en revanche l'adoption, interdite légalement, est pratiquée assez fréquemment. Elle se réalise par l'attribution pure et simple du nom de la famille d'accueil, à l'enfant recueilli.

## III. — DES SUCCESSIONS

Si le législateur a opéré certaines innovations en matière de rapports personnels dans le droit de la famille, il s'est montré strictement respectueux des dispositions relatives aux successions, notamment quant au partage.

La remarque ne s'applique pas au législateur algérien seulement, mais à toutes les législations musulmanes d'aujourd'hui. Pourquoi attacher une telle vertu au droit des successions ? Peut-être parce que leur source est sacrée : le Coran. Mais aussi parce qu'elles ont été réglées minutieusement, de telle sorte qu'elles ne permettent aucune interprétation nouvelle.

Dans la dévolution successorale islamique (20), l'inégalité successorale des femmes est institutionnalisée : « Dieu vous commande dans le partage de vos biens entre vos enfants de donner au fils la part de deux filles. »

Pourquoi un tel avantage héréditaire conféré au mâle ? En raison des charges qui incombent à l'homme, répondent les juristes classiques (notamment l'entretien dû à l'épouse).

Les héritiers se répartissent dans le code de la famille en trois catégories distinctes :

(19) En cas de filiation naturelle et lorsque la mère est connue, il est rattaché à celle-ci. Mais il est rare, voire impossible qu'une mère déjà accablée par la société puisse permettre que son enfant lui soit rattaché. En général, elle finit toujours par l'abandonner.

Cf. : SALAH BEY (Ch.) : « la filiation naturelle dans le projet du code de la famille algérien », *Rev. algérienne des Sc. jur. pol. et éco.*, sept. 1974, p. 85, vol. XI n° 3. Voir aussi : L. PRUVOST « L'enfant abandonné - bilan de législation tunisienne », *IBLA* (Institut des belles lettres arabes), 1973-141. F. HACHAÏCHI « la femme-mère : problème démographique et juridique », *Rev. jur. et pol. indép. et coop.*, 1974, II, 570.

(20) Nous relevons une exception toutefois ; elle concerne le droit de représentation.

- 1° Les héritiers réservataires ou *fardh* ;
- 2° Les héritiers universels ou *aceb* ;
- 3° Les héritiers par parenté utérine ou *dhawi-el-arham*.

Les héritiers réservataires des deux sexes ont une part successorale déterminée ; mais ces parts varient d'un héritier à un autre. Prenons le cas du conjoint survivant. Le mari a droit à la moitié de la succession lorsque son épouse décède sans laisser de descendance. Il a droit au quart si l'épouse laisse une descendance. L'épouse quant à elle, a droit au quart si le mari ne laisse pas de descendance. La huitième de la succession lui revient si le mari laisse une descendance. La réduction est d'autant plus grande que le nombre d'épouses est élevé. En effet, la même part, c'est-à-dire, selon l'existence ou non de descendants, le quart ou le huitième, est attribuée aux épouses en cas de polygamie (art. 145, al. 2 et art. 146 CF).

Signalons que le trésor public, *beït el mal*, est apte à recueillir toute la succession à défaut d'héritier, ou seulement l'excédent disponible. La formule mérite une attention, notamment en ce qui concerne l'excédent de la succession. En effet, l'enseignement malékite, isolé en la matière par rapport à l'orthodoxie, s'est prononcé contre le *radd* ou droit d'accroissement. Les malékites refusent d'accorder la qualité de « successibles » aux *dhawi-el-arham*, c'est-à-dire aux cognats. En cas de reliquat — ou même pour la totalité de la succession —, en l'absence d'héritier *aceb* susceptible de l'absorber (21), c'est le trésor public qui en bénéficie. La thèse malékite conduit à reconnaître au trésor public la qualité de parent éloigné successible, mais préféré aux parents par les femmes.

Le législateur algérien s'est écarté de la thèse malékite en faveur de la thèse hanafite qui admet d'abord les cognats ou *dhawi-el-arham* à succéder.

Comment fonctionne le *radd* ou accroissement par restitution dans le nouveau droit ? En vertu de l'art. 167 CF, si le partage entre les héritiers réservataires dégage un reliquat, et à défaut d'héritier universel (*aceb*), celui-ci est partagé entre les héritiers réservataires au prorata de leurs parts successorales, à l'exclusion des conjoints.

Conformément à cette règle, lorsque le conjoint survivant se trouve en présence d'autres héritiers réservataires, il n'a droit qu'à sa quote-part. En revanche, le reliquat revient au conjoint survivant à défaut d'héritier universel ou d'héritier réservataire ou d'un cognat (art. 167, al. 2). Cette règle permet au conjoint survivant d'absorber la totalité de la succession s'il est seul successible.

#### DE L'HÉRITAGE PAR SUBSTITUTION

En vertu de l'art. 169 CF : « Si une personne décède en laissant des descendants d'un fils décédé avant ou en même temps qu'elle, ces derniers doivent prendre lieu et place de leur auteur dans la vocation à la succession du de cujus selon les conditions ci-après définies. »

(21) Ce *aceb* est toujours un mâle. En présence d'un héritier réservataire, il lui est attribué sa part ; le reliquat revient au trésor public.

L'héritage par substitution ou représentation dit *tanzil* n'existe pas en droit musulman. Le législateur algérien l'a instauré, afin de préserver les droits des petits-enfants dans la succession du de cujus, qui ne décède qu'après son fils. Les codes musulmans des pays arabes ont instauré le legs obligatoire pour faire bénéficier les petits-enfants d'une part dans la succession de leur aïeul, qui décède après son fils.

Le législateur algérien permet donc aux petits-enfants de représenter « leur auteur » dans la succession du de cujus. Mais cette forme d'institution d'héritier est subordonnée à certaines conditions. S'agissant de la part réservée à ces petits-enfants, elle doit être égale à celle qui aurait échu à leur auteur s'il était resté en vie. Par ailleurs, elle ne doit pas dépasser le tiers de la succession (art. 170 CF). Cette limite (le tiers) rapproche singulièrement le *tanzil* du legs obligatoire, qui ne doit pas dépasser le tiers de la succession, car il est considéré comme une libéralité. Ces petits-enfants peuvent perdre leur qualité d'héritiers, s'ils ont déjà hérité de leur père ou mère, une part de succession égale à celle qui échoit à leur auteur de son père ou de sa mère (art. 172, al. 1).

#### DE LA LIQUIDATION DES SUCCESSIONS

Contrairement au droit occidental, où le patrimoine du défunt et celui de l'héritier se confondent à la mort du de cujus, en droit musulman l'héritier ne continue pas la personne du défunt. C'est pourquoi, l'héritier ne vient à la succession qu'après y avoir opéré des prélèvements. Ces derniers, par ordre de priorité, répondent

- 1° aux frais de funérailles et d'inhumation ;
- 2° au paiement des dettes ;
- 3° à l'exécution des legs (art. 180 CF).

La succession n'est donc partagée, qu'après apuration.

#### IV. — DES DISPOSITIONS TESTAMENTAIRES, LEGS, DONATIONS

##### DU TESTAMENT

Conformément au droit classique, les dispositions testamentaires ne peuvent excéder la limite du tiers du patrimoine. L'excédent du tiers du disposant ne s'exécute que si les héritiers y consentent (art. 185, al. 1 et 2 CF). Notons que la loi valide le testament entre personnes de confessions différentes (art. 200 CF). Nous avons déjà noté que, selon le droit musulman, il n'y a pas d'héritage entre personnes de confessions différentes. Ainsi par exemple, les enfants d'une chrétienne n'héritent pas de celle-ci (22). De même qu'il n'y a pas vocation successorale

(22) S'agissant des rapports entre parents et enfants, lorsque ces derniers sont issus d'un mariage mixte, ils suivent la religion de leur père. Il est donc inutile de rappeler les conflits que peut créer une telle règle au plan du droit international privé. Voir *Le Monde*, 25 déc. 1985 : « le problème de la garde des enfants issus d'un mariage mixte. »

entre elle et son époux musulman. Pour parer donc à cette difficulté, il est permis aux parents ou époux non musulmans de tester en faveur de leurs enfants ou époux musulmans (23).

#### DE LA DONATION

La donation peut porter sur tout ou partie des biens du donateur ; car il s'agit d'un transfert de biens du vivant du donateur, le principe étant que, de son vivant, personne ne peut céder tout ou partie de ses biens, à titre gratuit. L'intérêt de cette règle réside dans l'idée selon laquelle les droits des héritiers ne sont pas affectés car ils ne prennent naissance qu'à la mort du de cujus.

#### CONCLUSION

Au terme de cet aperçu du nouveau droit de la famille en Algérie, une double constatation s'impose : fidélité du législateur à la tradition musulmane ; mais aussi diversité des sources.

Fidélité, car le but du législateur a été de dégager et de formuler dans un ordre méthodique, les principes de la loi musulmane.

Diversité ensuite, car il a recherché parmi les solutions diverses proposées par les différents rites, celles qui paraissent les plus appropriées et les plus en harmonie avec l'équité, la morale et l'état social du pays. C'est ainsi qu'il a parfois écarté les enseignements de l'école malékite — la plus répandue en Algérie — au profit de ceux du rite hanafite.

Comparé au code de statut personnel tunisien qui a totalement rompu avec la tradition (interdiction de la polygamie, abolition de la répudiation...) et, à la *moudawana* marocaine scrupuleusement fidèle aux préceptes classiques, le code de la famille algérien, qui s'appuie en général sur des conceptions islamiques fondamentales, n'en laisse pas moins d'assez larges possibilités d'interprétation.

Hadjira DENNOUNI\*

#### BIBLIOGRAPHIE

##### A — OUVRAGES

ABOU ZAHRA. — *Le statut personnel*, 3<sup>e</sup> édit., Dar el Fikr, le Caire, 1957.

BOUSQUET (G.-H.). — *L'éthique sexuelle de l'Islam*, Paris, 1966.

BOUSQUET (G.-H.). — *Précis de droit musulman, principalement malékite et algérien*, Alger, 1950.

BOUSQUET (G.-H.). — *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imam Malek*, Alger, 1956.

(23) Pour éluder les conséquences souvent injustes de cette règle, un ancien arrêt de la Cour d'Appel d'Alexandrie a appelé à la succession du de cujus des héritiers chrétiens et musulmans. Voir Ch. CARDAHI « les infiltrations occidentales dans un domaine réservé : le statut personnel musulman », *Mélanges Lambert*, 1938, p. 604.

(\*) Enseignante à l'Institut de Droit et des Sciences administratives d'Oran.

- CHEHATA (Ch.). — *Droit musulman, application au Proche-Orient*, Dalloz, 1970.
- CHEHATA (Ch.). — *Études de droit musulman*, PUF, 1971.
- CHARNAY (J.-P.). — *La vie musulmane en Algérie d'après la jurisprudence de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle*, PUF, Paris, 1965.
- CHATER JEDIDI (Souad). — *La femme tunisienne, citoyenne ou sujet ?* Maison tunisienne de l'édition, 1975.
- CLAVEL (E.). — *Droit musulman du statut personnel et des successions*, Paris, 1895.
- DESPORTES (E.). — *La chambre de révision musulmane*, Maison des livres, 1954.
- KEHL (C.). — *Le mariage mixte musulman*, Alger, imp. Charny, 1956.
- MILLIOT (L.). — *Introduction à l'étude du droit musulman*, Paris, Sirey, 1971.
- MORAND (M.). — *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Alger, 1911.
- MORAND (M.). — *Études de droit musulman algérien*, Alger, 1910.
- COLOMER (A.). — *Droit musulman - les personnes - la famille*, édit. de la Porte, Rabat, 1963.
- COLOMER (A.). — *Droit musulman - la succession - le testament*, Rabat, 1968.

## B — ARTICLES

- BADRI (G.-M.). — « La relance du droit islamique dans la jurisprudence algérienne depuis 1962 », *Rev. internationale de droit comparé*, 1970-43.
- BENHALIMA (S.). — « Les problèmes de l'enfant naturel », *Rev. alg. des sc. jur. pol. et éco.*, 1968-1169.
- BOUSQUET (G.-H.). — « La conception du *nikah* selon les docteurs de la loi musulmane », *Rev. alg.*, 1948-63.
- BRUNSCHWIG (R.). — « De la filiation maternelle en droit musulman », *Studia Islamica-IX*, 1958-49.
- CARDAHI (Ch.). — « Les infiltrations occidentales dans un domaine réservé : le statut personnel musulman », *Mélanges Lambert. Introd. à l'étude du droit comparé*, Sirey, 1938-604.
- CARNAC (A.). — « Réflexions sur l'inexistence de l'adoption en droit musulman », *Rev. alg.*, 1959-27.
- CHEHATA (Ch.). — « L'évolution moderne du droit de la famille en pays d'islam », *Rev. des études islamiques*, XXXVII, fasc. 1-1969.
- CHEHATA (Ch.). — « Notes de droit musulman sur le mariage mixte », *Rev. jur. et pol. ind. et coop.*, janv.-mars 1976-130.
- COLOMER (A.). — « La réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman alg. », *Rev. alg.*, 1959-97.
- COLOMER (A.). — « Régime matrimonial en islam », *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, A. Pedone, 2<sup>e</sup> édit., 1974, 527.
- DESPORTES (E.). — « Le droit de *djebr* », *Rev. algérienne*, 1949-109.
- DESPORTES (E.). — « La *hadana*, tutelle affectueuse dans le droit musulman et les coutumes », *Rev. alg.*, 1946, 1.
- DESPORTES (E.). — « Théorie de la dot en droit musulman et les coutumes berbères », *Rev. alg.*, 1949-13.
- HACHAÏCHI (F.). — « La femme mère ; problème démographique et juridique », *Rev. juridique et politique indépendance et coopération*, 1974, II, 570.
- ISSAD (M.). — « Le rôle du juge et la volonté des parties dans la rupture du lien conjugal », *Revue algérienne des Sciences juridiques, politiques et économiques*, Alger, déc. 1968, 1065.