

LA CONTRACTUALISATION DU MARIAGE DANS LE CODE DE LA FAMILLE ALGERIEN :

QUEL IMPACT SUR LES RAPPORTS SOCIAUX DE SEXE ?

*SAI Fatima Zohra
Maîtresse de conférences
Faculté de droit
Université d'Oran*

Pour saisir le sens de cette communication dont l'objet consiste à interroger la contractualisation du mariage consacrée par le code de la famille, à débusquer les paradoxes, les ambiguïtés, il nous semble nécessaire de faire deux remarques. En premier lieu, convenons que le droit n'a pas encore acquis une autonomie en Algérie tant il demeure fortement soumis au politique et au religieux, particulièrement en matière de droit de la famille. En second lieu, notons que le code de la famille constitue le seul texte juridique qui, de manière visible et lisible, est travaillé par deux logiques qui se télescopent, s'interpénètrent : la logique du droit musulman classique d'une part, et la logique du droit contemporain, d'autre part. La coexistence de ces deux logiques est le produit de l'histoire, elle s'est progressivement installée au cours de la période coloniale et s'est prolongée après l'indépendance.¹

L'adoption du code la famille en 1984 comme d'ailleurs sa révision en 2005 témoignent du désarroi, des contradictions, des tâtonnements du

¹ Cf. Fatima Zohra Sai, Le statut politique et le statut familial des femmes en Algérie, thèse de doctorat d'Etat, Droit, Université d'Oran, 2007.

pouvoir postindépendance face à la question du rapport Etat/religion, du droit/religion. L'étude de Mounira Cherrad² pourrait apporter un éclairage à ce sujet. Selon la lecture qui en est faite par F. Z. Guechi,³ il apparaît que la loi relative à la famille a été façonnée par le processus de formation de chacun des trois pays maghrébins (Algérie, Maroc et Tunisie) et le degré d'autonomie ou d'allégeance de l'Etat par rapport aux solidarités tribales. « Issus d'en haut » et résultant d'un choix stratégique des élites au pouvoir, les codes de la famille ont été formulés par les leaders politiques qui ont soit maintenu la loi islamique, soit oscillé entre des alternatives, ou encore hâté des réformes.

Pour ce qui est de l'Algérie, l'auteure soutient que le code de 1984 « est resté fidèle à la loi malékite dont il ne diffère que sur des points mineurs, qu'il satisfait les groupes sociaux qui pensent que la famille élargie, le patrilignage est la forme appropriée pour la famille algérienne. »

Le législateur de 1984 était appelé à s'inspirer autant de la *Shari'a* que des principes de la Charte nationale et de la Constitution de 1976 et, par conséquent, à concilier les normes d'un droit tiré de l'islam⁴, référent identitaire, avec les principes d'un droit moderne résultant, en partie, de l'option socialiste. Cependant, le code de la famille s'abreuvait plus aux sources du droit musulman classique, lui-même nourri de normes coutumières, qu'aux principes d'égalité et de non discrimination consacrés par la Charte et la Constitution. La révision de

² Cf. Mounira Cherrad, *State building and women's rights, the making of post-colonial Tunisia, Algeria and Morocco*, University of California Press, 2001.

³ Fatima Zohra Guechi, *Construction de l'Etat et droits des femmes au Maghreb selon Mounira Cherrad*, colloque international « Les femmes africaines à l'épreuve du développement », Alger, 19 et 20 juillet 2009.

⁴ Il importe de rappeler que le droit musulman est issu de normes religieuses, de prescriptions scripturaires, frappées de sacralité, d'immutabilité, d'atemporalité, mais il résulte aussi de l'*jihad* des *fuqaha*, des juristes, qui ont produit des règles, donc profanes, pour solutionner les problèmes juridiques qui se posaient alors en se référant à d'autres normes (coutumières), en fonction du contexte social dans lequel ils vivaient. Aussi, rattaché la religion, le droit musulman en est-il également distinct.

la loi du 9 juin 1984 n'est intervenue qu'en 2005⁵, soit plus de 20 années après son adoption. Les divers avant-projets élaborés au cours de la décennie 90 n'ont pas abouti sur le bureau du Parlement⁶.

Cette réforme doit être appréhendée au plan de la relation droit/rapports sociaux de sexe, d'une part, et à celui du rapport de la loi islamique aux mutations des sociétés dans lesquelles la *Shari'a* a été, en partie, transposée dans les codes de la famille, d'autre part. Il s'agit de voir dans quelle mesure un droit aussi ambivalent que le droit de la famille peut induire des changements en ce qui concerne la situation des femmes.

La révision est présentée par le pouvoir comme la seule alternative à l'abrogation du code la famille revendiquée par certaines associations et certains partis politiques ou à un retour pur et simple à *la Shari'a* prôné par le courant islamiste. Elle consisterait alors en la réalisation d'un compromis politique entre des revendications jugées extrémistes, un compromis recouvrant peut-être un autre situé au niveau normatif.

La politique du compromis ou de la conciliation servirait plus à désamorcer le conflit entre loi islamique et droit contemporain qu'à le résoudre. Celui-ci pourrait, au contraire, être occulté, contourné par une idée encore latente ou transparaissant en filigrane dans les discours de dirigeants maghrébins⁷ et exprimée en 1993 par la Haute Cour constitutionnelle égyptienne.

⁵ Par voie d'ordonnance, c'est-à-dire un texte à caractère législatif pris par le président de la République et soumis à l'approbation du Parlement sans débat.

⁶ Cf. F. Z Sai, op.cit.

⁷ Le roi Hassan II a, lors d'une rencontre avec les représentantes d'organisations et d'associations féminines, le 29 septembre 1992, précisé que la révision de la *Moudawana* ne saurait se départir « des constantes de la religion » et qu'elle ne prendra en compte que « les questions susceptibles de faire l'objet d'*ijtihad* dont il est le seul à se porter garant ». Son fils et successeur, Mohamed VI, dira plus tard : « Je ne peux en ma qualité d'*Amin Al Mou minine*, autoriser ce que Dieu a prohibé et interdire ce que le Très Haut a autorisé. » (Cf. Alain, Roussillon, « Réformer la *Moudawana* : statut et conditions des Marocaines », in *Maghreb-Machrek*, n°179, Printemps 2004, p.90. Voir aussi le discours du Président A. Bouteflika (note 13).

En effet, cette juridiction a énoncé un principe devenu constant selon lequel il faut opérer une distinction entre principes absolus et principes relatifs de la *Shari'a* islamique.⁸ Les premiers « dont l'origine et la signification sont absolus », ne souffrent d'aucune interprétation ou adaptation et doivent être appliqués tels quels dans l'espace et le temps ; les seconds en tant que « corpus de règles relatives dans leur origine, leurs sources ou les deux à la fois » peuvent faire l'objet de divergences d'interprétation et sont évolutifs dans l'espace et le temps.⁹ Dans cette perspective, on quitte le terrain de la confrontation loi islamique et droit moderne pour se placer sur le terrain de la distinction principes sacrés/ principes profanes à l'intérieur de la *Shari'a*, ce qui conduit à éluder l'alternative épineuse de l'adaptation de l'islam à la modernité ou de l'adaptation de la modernité à l'islam.

La codification du statut personnel est probablement travaillée autant par la logique du compromis droit musulman classique/droit contemporain que par celle de la distinction à l'intérieur de la *Shari'a* entre principes sacrés, intangibles, et principes profanes, mutables. Cette hypothèse pourrait nous éclairer sur la question de l'impact de la révision du code de la famille sur les rapports sociaux de sexe.

Le code la famille a été décrié en tant que corpus de règles anachroniques, en décalage avec les mutations sociales que l'Algérie a connues depuis son accession à l'indépendance en 1962.

En effet, des études et enquêtes ont montré que la progression de la scolarisation féminine, la percée des femmes dans des filières d'enseignement, dans des métiers jusque là fermés, leur prestigieux taux de réussite au bac et dans l'enseignement supérieur, ont fait naître

⁸ CF. Nathalie Bernard- Mangiron, « Normes et pratiques en matière de statut personnel : la loi sur le *khul'* en Egypte », in *Maghreb-Machrek*, n°182, hiver 2004/2005, p. 87-88.

⁹ Bien qu'il s'agisse de la jurisprudence de la Cour égyptienne, il n'est pas exclu qu'elle puisse faire tâche d'huile et inspirer les juridictions de pays arabes et/ou musulmans.

chez les jeunes filles et les femmes de nouvelles aspirations : priorité accordée au projet de formation et de travail avant le projet matrimonial, mariage d'amour et donc choix du conjoint, maîtrise de la fécondité¹⁰.

Une chercheuse écrit : « En exerçant une activité en dehors de l'espace domestique, les femmes accèdent à des formes de sociabilité et de cultures nouvelles qui introduisent des changements dans le mode de vie traditionnelle structurellement fondé sur la division sexuelle des rôles. Ces changements induisent de nouvelles formes de sociabilité et de pratiques qui peuvent entrer en conflit avec le système de valeurs traditionnelles.»¹¹

Un sociologue a constaté que « la mobilité sociale réelle qui a secoué la société depuis les années 1970 et les nouvelles conditions de socialisation des individus (par la restriction du rôle de la famille au profit de l'école dans l'éducation des nouvelles générations) ont introduit l'échange au cœur de la problématique du mariage. L'idéal endogamique impossible à réaliser cède le pas au besoin de se marier loin, au risque d'écorcher la *Açabiya* familiale.»¹²

¹⁰ Résultats finals de l'enquête sur l'intégration socio-économique de la femme, in Rissalat el ouhra, n°10, 2006, p.1-5. Cette enquête a porté sur 4436 ménages dont 2842 en zone urbaine et 1594 en zone rurale « sélectionnés sur la base d'un échantillon représentatif de 16 wilayas réparties sur les 4 régions du pays : Est/Ouest/Centre/Sud et couvrant 66 communes ». Globalement, 78% des femmes instruites ont un niveau supérieur ; près de 60% des femmes occupées travaillent dans le secteur public et 14,08% sont entrepreneurs ; 46,1% des femmes enquêtées s'impliquent dans des associations et 6,98% dans les partis politiques.

¹¹ Cf. Malika Tifiani, « Femmes diplômées et identité professionnelle », in Rissalat el ouhra, n°10, 2006, p.9.

¹² Cf. Faouzi Adel, « La crise du mariage en Algérie », in Insaniyat, n°4-Janvier-avril, 1998 (Vol. II, 1), p.75.

La révision du code de la famille devait opérer un réaménagement des termes de la conciliation non point de l'islam avec le socialisme mais de la loi islamique avec l'évolution de la société.¹³

L'ordonnance de 2005 a évacué de son champ les dispositions ayant transposé des prescriptions scripturaires jugées immutables, incompatibles avec les principes du droit contemporain: règles successorales, dot, interdiction de l'adoption, prohibition du mariage de la musulmane avec un non musulman, etc. Dans certaines matières, elle a conservé les principes (polygamie, répudiation, *wali*) mais les a encadrés en maintenant ou en incorporant des règles du droit contemporain considérées comme non attentatoires à la *Shari'a*. Le législateur a fait quelques pas mais il est resté au milieu du gué : il n'a ni opéré un retour pur et simple à la *Shari'a* – le pouvait-il – ni renoncé aux principes d'un droit reposant sur le postulat selon lequel il est créé.

La révision de la loi de 1984 est-elle porteuse de changement des rapports hommes/femmes à l'intérieur de l'espace familial induisant ainsi une symbiose entre statut public et statut privé? Ou bien, se limite-t-elle à opérer un réaménagement du « consensus patriarcal »¹⁴ ?

La contractualisation du mariage se trouve au cœur de ce questionnement. Ouvre-t-elle une perspective vers l'égalité dans le cadre de la relation conjugale ou ne serait-elle qu'un miroir aux alouettes ? Ne repose-t-elle sur un paradoxe du fait que la logique égalitaire du contrat de mariage semble se heurter à une logique

¹³ Le Président A. Bouteflika s'inscrit dans cette logique lorsqu'il rend hommage aux membres de la Commission de révision du code de la famille pour avoir « conjugué leurs efforts pour concilier (...) les prescriptions de notre religion sacrée et les valeurs civilisationnelles de notre peuple avec les données incontournables de l'évolution de la société algérienne dans ce qu'elle véhicule comme aspiration à la liberté et à la consécration du droit à l'égalité des Algériens et des Algériennes. » (Cf. Sai, op. cit., p. 542).

¹⁴ Sur cette expression, voir A. Roussillon, op. cit., p.81.

inégalitaire à peine perceptible au moment de sa conclusion mais manifeste lors de sa rupture par le divorce?

La conclusion du contrat de mariage : vers une égalité juridique au sein du couple ?

L'ordonnance de 2005 n'a pas instauré la contractualisation du mariage, mais elle lui a conféré une visibilité comme en témoigne l'accent particulier mis sur le consentement des deux époux et sur les clauses susceptibles d'être stipulées, particulièrement, par l'épouse. Quel sens peut-elle revêtir? Procède-t-elle de la logique inhérente à tout contrat consistant à permettre aux futurs époux en tant que partenaires égaux et autonomes d'émettre des clauses ? Ou répond-elle à une logique protectionniste en ce que la stipulation de clauses viserait à prémunir l'épouse, maintenue dans une position inférieure, contre d'éventuels abus de la part d'un époux auquel sont accordés des droits particuliers?

Présence du *walî* et autonomie de la femme

L'ordonnance met l'accent sur le mariage en tant que contrat et sur son caractère consensuel¹⁵ comme si elle entend accorder au consentement de l'épouse une valeur qu'il n'avait pas jusqu'alors. Cela transparaît à travers l'usage plus fréquent du terme contrat et de l'importance accordée au consentement qui est présenté comme la condition de fond et dont le caractère personnel est particulièrement souligné. Les termes ajoutés (consensuel, échange de consentement des deux époux) indiquent les futurs conjoints doivent consentir eux-mêmes à l'union projetée.¹⁶ Cela a conduit à la suppression du mariage

¹⁵ L'article 4 modifié précise que le « mariage est un contrat **consensuel** passé entre un homme et une femme... ». L'article 9 modifié dispose que «le contrat de mariage est conclu par **l'échange** de consentement **des deux époux.**»

¹⁶ Sur ce point, les dispositions de l'ordonnance du 4 février 1959 et de son décret d'application du 17 décembre 1959 sont réactivées.

par procuration (abrogation de l'article 20), qui ne concernait alors que le futur époux puisque la future épouse était toujours représentée par son *walî* ou tuteur matrimonial. Pourtant une inégalité subsiste entre les futurs conjoints ayant 19 ans révolus et appelés à échanger leur consentement devant l'officier de l'état civil ou le notaire. Cette inégalité est plus ou moins occultée par les interprétations ayant cours sur le statut du *walî* et les motivations ayant présidé à son maintien.

L'article 11 reconnaît à la femme majeure la faculté de conclure son contrat de mariage tout en ajoutant « **en présence de son *walî*** ». En procédant à des changements d'ordre terminologique et en accordant au *walî* un statut particulier et étrange, le législateur a plus soulevé de problèmes qu'il en a résolus.

Au plan terminologique et dans le texte en langue française, la traduction de la notion de *walî* par l'expression « tuteur matrimonial » est abandonnée au profit de sa reproduction telle quelle, ce qui montre que le rapport *walî*/femme s'inscrivait bien dans le cadre d'une tutelle et non dans celle de la représentation ou du mandat.¹⁷ Bien qu'il ait perdu les prérogatives qui lui étaient reconnues par la loi de 1984 et qu'il soit admis que la femme puisse choisir son *walî*, l'exigence de sa présence ne peut que susciter des interrogations. La modification de l'article 11 a indubitablement opacifié son statut. Quel rôle va-t-il jouer ? Est-ce celui d'un témoin en sus des deux témoins réglementaires ? Son maintien ne procède-t-il pas de l'ancrage du législateur dans une logique patriarcale ?

¹⁷ En vertu de la loi de 1984, il est chargé de la conclusion du mariage de la femme placée sous sa tutelle quels que soient son âge et son statut (article 11). Le père peut s'opposer au mariage de sa fille si elle est jeune fille et si tel est son intérêt. Le *walî* constitue une condition de fond du contrat de mariage, ce qui implique que l'union conclue en son absence est frappée de nullité (article 33).

Le législateur a pris le soin de désigner le *walî* parmi le cercle familial avant d'accorder à la femme la faculté de le choisir, éventuellement, en dehors de celui-ci. Cela a suscité des critiques des partisans de son maintien comme ceux de sa suppression¹⁸. Les premiers voient dans ce choix une remise en cause des fondements de la famille, les seconds estiment qu'il est aberrant ou qu'il témoigne de l'inutilité du maintien de ce personnage. Le législateur a opéré un compromis entre le courant revendiquant l'abrogation de cette tutelle au nom de l'égalité des sexes et le courant réclamant au contraire le renforcement des prérogatives du *walî* au nom du respect de la *Shari'a* et de la protection des droits de la femme. Il a pu transiger sur une institution dont la qualification juridique est l'objet de divergences au sein du *fiqh*.

Le *walî* constitue-t-il un élément constitutif du mariage (*rukni*) ou seulement une condition de sa validité (*shart sihha*) ? Contrairement à l'école *hanéfite*, les trois autres écoles (*malékite*, *hanbalite* et *chafé'ite*) s'accordent pour reconnaître qu'il n'y a pas de mariage sans *walî*. Pour l'école malékite, la *walaya* n'est pas réductible à la présence de la personne qui en a la charge, elle postule l'expression d'une volonté et elle est un élément constitutif du mariage. Mais un fléchissement est apparu en son sein puisque certains juristes estiment que le *walî* constitue une condition de validité et non une condition de fond.

Ce compromis ôte-t-il à cette institution toute pertinence, tout sens ? Son maintien procède d'une position conservatrice, il pervertit la logique égalitaire que les nouvelles dispositions sont sensées traduire. Il s'agit de perpétuer, même symboliquement, l'idée plurimillénaire selon laquelle le mariage est une affaire d'hommes, « ce sont les hommes qui

¹⁸ La faculté accordée à la femme de choisir son wali y compris en dehors du cercle familial ne signifie nullement que le législateur ait eu l'intention de remettre en cause l'omniprésence de la famille. Il s'agit d'un cas extrême, lorsque la femme n'a pas de parent susceptible de lui servir de *walî*, ce qui évite de recourir au juge comme cela était le cas avant la révision.

échangent et non l'inverse », écrit G. Balandier¹⁹. Il serait plus judicieux de le considérer comme un veilleur, en ce qu'il contrôle réellement et/ ou symboliquement les alliances matrimoniales, ce qui renvoie au statut de la femme dans l'imaginaire collectif : exclue ou semi exclue de la décision, elle est plus un objet qu'un sujet de droit au sein du marché matrimonial. Car comment expliquer qu'elle puisse conclure un contrat de travail, d'achat, de vente ou de bail sans la présence du *walî* et qu'elle soit obligée d'y recourir en matière de contrat de mariage? L'exigence du *walî* témoigne de l'omniprésence de la famille lors de la conclusion du mariage et pervertit l'autonomie, notamment, celle de la femme, alors que l'autonomie de l'individu est la base du consensualisme et de la contractualisation du mariage.

Au niveau des pratiques, les nouvelles dispositions ouvrent des perspectives de changement dans la mesure où elles lèvent les obstacles juridiques auxquels étaient confrontées des jeunes filles ou des femmes et où elles offrent une marge d'autonomie à la future épouse. Les jeunes filles aspirent de plus en plus à choisir leur conjoint et se montrent déterminées à convaincre leurs parents pour accepter celui-ci. L'élévation de l'âge du mariage témoigne, en partie, de leur désir de prendre le temps nécessaire pour convoler, elle constitue aussi l'indicateur d'un phénomène important, en l'occurrence, le célibat qui serait perçu ou vécu comme un tribut payé par celles qui entendent se forger une carrière professionnelle. Mais, la présence du *walî* peut aussi occulter une tutelle, notamment lorsque la cohésion du groupe familial n'a pas été ébranlée.

Les choses sont plus complexes comme le souligne un chercheur²⁰: « En réalité, les intérêts des différents protagonistes sont tellement imbriqués qu'il est difficile de parler d'un choix entièrement libre ou d'un choix entièrement contraint. » Il ajoute plus loin : « nous avons

¹⁹ Cf. Georges Balandier, « Le politique des anthropologues » (chapitre V), in Gravitz, Madeleine, Leca, Jean, Traité de science politique, Paris, PUF, 1985, tome I, p. 325.

²⁰ Cf. F. Adel, op. cit., p.70.

recensé 27 choix personnels sur un échantillon de 87 enquêtés. » La marge d'autonomie des deux futurs conjoints demeure tributaire de multiples facteurs mais l'autonomie n'atteint pas sa plénitude car « le mariage engage si fortement le groupe qu'il est difficile d'imaginer une décision unilatérale »²¹. L'implication des parents dans le processus est certaine, seul son degré varie selon autant la position du futur mari que des possibilités de mener jusqu'à son terme la réalisation du mariage. Ces observations concernent surtout l'homme, mais l'auteur estime que la femme n'est pas « condamnée au non choix »²², comme en témoignent les refus de demandes en mariage. Quand bien même les enfants sont consultés sur le choix du conjoint ou que les parents acceptent celui de leurs enfants, la famille s'investit de manière ostentatoire dans les négociations concernant autant la dot que le financement et le déroulement de la fête.

Toujours est-il que seule la femme est tenue d'être assistée par un *walî* et c'est pour conforter l'omniprésence de la famille que l'ordonnance entretient l'ambiguïté en ce qui concerne la validité du mariage conclu sans sa présence. En effet, alors que l'article 9 bis énumère le *walî* parmi les conditions du mariage, l'article 33-2 sanctionne par la résiliation le mariage contracté sans la présence de ce dernier tout ajoutant « lorsque celui-ci est obligatoire ». Faut-il penser que l'article ne vise que le *walî* du mineur ou concerne-t-il aussi le *walî* de l'article 11? Contrairement à l'avant-projet de loi qui avait précisé « *wali* du mineur », l'ordonnance a utilisé une expression laissant planer le doute et donnant lieu à diverses interprétations. Pour ce qui est de la sanction, le législateur a opté pour la résiliation et non l'annulation du mariage avant consommation, mais celui-ci est validé après consommation.

²¹ Idem., p. 70

²² Ibid., p.71.

Lors d'un travail effectué par une ONG (Global Rights) avec des femmes de trois pays maghrébins (Algérie, Maroc et Tunisie)²³, il a été constaté que même si les futurs conjoints se connaissent, décident de s'unir par amour et si la jeune fille a choisi son futur époux, la négociation leur échappe en raison de l'omniprésence de la famille d'autant que la loi encourage l'incursion des parents de l'épouse à travers l'exigence du recours au *wali*. Cela ne manque pas d'altérer la capacité de la femme en matière de stipulation de clauses. Censées résulter d'une négociation entre deux parties cocontractantes égales et autonomes, les clauses seraient plutôt destinées à protéger une des parties (l'épouse) contre l'autre (l'époux), ce qui renvoie à des relations inégales entre les conjoints.

Des clauses « protectionnistes » ?

L'article 19 amendé est novateur car il prévoit l'inclusion de clauses dans le contrat de mariage comme dans un contrat authentique ultérieur c'est à dire au cours de la vie conjugale.

Ainsi, si la stipulation de clauses lors de la conclusion du mariage se ferait sous « l'œil vigilant » du *wali*, il en sera différemment au cours de la vie conjugale et en cas de dissolution du mariage. Par rapport à l'ancien article, il est plus explicite car il énumère deux matières sur lesquelles porteraient les clauses: la polygamie et le travail, cela n'exclut pas la possibilité de stipuler des clauses sur d'autres comme le logement, la résidence etc. Le législateur semble inciter la femme à lier son époux par une clause de monogamie ou encore par une clause lui permettant d'exercer une activité professionnelle. Cela indique que les époux ne sont pas placés sur un pied d'égalité car l'une renvoie au privilège de masculinité et elle est destinée à prémunir l'épouse contre

²³ Cf. Conditions bien pensées, conflits évités : promouvoir les droits humains des femmes au Maghreb à travers l'utilisation stratégique du contrat de mariage, septembre 2008.

le remariage de son mari; l'autre renvoie au pouvoir de celui-ci de s'opposer à l'exercice par son épouse d'une activité professionnelle.

La clause de monogamie n'offre pas une garantie absolue contre le risque de remariage de l'époux auquel l'article 8 reconnaît le droit d'avoir quatre épouses tout en l'encadrant. Elle peut fonctionner en faveur de l'épouse à un double niveau : au niveau matériel en tant que clause qui crée une obligation à l'égard de son conjoint et dont elle peut se prévaloir puisque sa violation engage la responsabilité de ce dernier, au niveau symbolique en tant qu'accord négocié réfrénant le désir de l'époux de convoler à nouveau et la préservant de l'adjonction d'une coépouse.

Au cas où elle ne fonctionne pas comme arme dissuasive, elle lui ouvre la voie pour obtenir le divorce avec réparations pour violation par l'époux de ses obligations contractuelles (article 52-9) à condition qu'elle veuille l'emprunter. Ce qui n'est pas évident au regard des conséquences désastreuses du divorce pour les femmes dont la situation est précaire et déplorable. Elle ne la préserve pas du remariage de son conjoint dans le cas où le juge l'a autorisé ou dans le cas où l'union a été conclue sans l'autorisation du juge mais confirmée en raison de sa consommation. Mise devant le fait accompli, elle ne pourra que se soumettre ou se démettre en demandant le divorce. L'épouse n'ayant pas inclus une telle clause sera placée devant la même alternative mais son action en divorce s'appuiera sur l'article 8bis.²⁴

La mention de la clause relative au travail paraît insolite dans la mesure où l'article 39 qui accordait à l'époux la qualité de chef de famille et qui imposait à l'épouse le devoir d'obéissance a été abrogé. Le mari n'étant plus juridiquement investi du droit d'interdire à son épouse de travailler, on ne peut que s'interroger sur la pertinence de la citation, à

²⁴ Selon cet article, « en cas de dol, chaque épouse peut intenter une action en divorce à l'encontre du conjoint. » Il peut être utilisé si l'époux a dissimulé à l'une son remariage et à l'autre le fait qu'il est déjà marié.

titre d'exemple, de cette clause. Faut-il comprendre que le législateur ait voulu accorder à l'épouse un instrument de protection contre les abus de son époux qui demeure, dans son esprit, le chef de la famille ? Il est certain que l'abrogation de l'article 39 n'a pas remis *ipso facto* en cause les pouvoirs attachés à la qualité de chef de famille au regard de la persistance d'inégalités entre les sexes.

Sous l'empire de la loi de 1984, la clause prémunissait l'épouse contre une répudiation que l'époux peut justifier par son droit en tant que chef de famille de s'opposer au travail de celle-ci. Selon un magistrat, il est admis que l'époux ne peut justifier sa demande de divorce en invoquant le travail de son épouse si celle-ci a inséré une clause.²⁵ En outre, il lui est permis de demander le divorce qui sera prononcé en sa faveur si son mari s'oppose à l'exercice d'une activité professionnelle. Qu'en est-il depuis la révision de la loi ? En l'absence d'une clause, l'époux pourrait-il rompre la relation conjugale en invoquant le travail de son épouse pour échapper au paiement de réparations ? Si oui, sur quelle base juridique s'appuiera-t-il ? L'abrogation de l'article 39 lui ôte juridiquement le droit de s'opposer au travail de son épouse. La clause concernant le travail de l'épouse témoigne des ambiguïtés et paradoxes qui caractérisent les dispositions du code de la famille.

Une enquête a montré que 90,5% des femmes enquêtées ont déclaré n'avoir aucun problème ou querelle avec la famille qui serait lié à l'exercice de leur activité professionnelle.²⁶ Et parmi celles ayant

²⁵ La Cour suprême se montre assez prudente à l'égard des clauses émises par l'épouse. Si elle admet « que l'époux est tenu de respecter les clauses du contrat de mariage » (20 mars 1971, I.Q. 1972), elle estime qu'une clause ne peut justifier une demande de divorce si elle impose une obligation dont l'application ou l'inapplication n'a aucun effet positif ou négatif sur le contrat de mariage » (30 mars 1993, I.Q n°3, 1994). Cf. N.M. Mahieddin, Code algérien de la famille annoté, in Droit de la famille : regards croisés, Laboratoire de droit et des nouvelles technologies, Université d'Oran, 2007, p.71-125 ; l'évolution du Droit de la famille en Algérie : nouveautés et modifications apportées par la loi du 4 mai 2005 au Code algérien de la famille du 9 juin 1984, in Année du Maghreb, ed. 2005-2006, CNRS, Paris, p.97-137.

²⁶ Cf. Malika Remaoun, « Femmes et travail, de quelques réalités », in Les Algériennes en devenir, IMED, Ed. CMM-ORAN, p.88.

rencontré des problèmes, 31,4% et 22,9% désignent respectivement le père et le conjoint. Il faut dire que le projet de travail n'est pas toujours une décision individuelle²⁷, il peut être encouragé ou entravé. Sauf dans des cas rares, la femme travaille avec le consentement tacite ou exprès des parents ou du conjoint. Mais, les femmes aspirent de plus en plus à exercer une activité professionnelle comme le note une sociologue : « La conscience forte de la crise économique s'est traduite concrètement chez nos enquêtées par la nécessité de créer leur propre travail, imposée par la nécessité de revenus complémentaires aboutissant à la nécessité d'assurer leur avenir qui ne l'est plus par le mariage, devenu plus ou moins aléatoire. »²⁸

L'ordonnance de 2005 a abrogé les articles 38 et 39 qui plaçaient l'épouse dans un état d'infériorité puisqu'elle était tenue par un devoir d'obéissance à l'égard de l'époux et par des obligations discriminantes et infantilisantes. Elle a amendé les articles 36 et 37 pour établir une relation de réciprocité entre les conjoints en matière de droits et d'obligations. L'obligation pesant sur le mari de subvenir aux besoins de l'épouse, source de son statut privilégié de chef de famille, a disparu. Il en est de même de la disposition reconnaissant à la femme le droit de disposer de ses biens en toute liberté. L'article 37 pose le principe de la séparation des biens mettant les deux conjoints sur un pied d'égalité : « chacun des deux époux conserve son propre patrimoine ». Il se montre novateur lorsqu'il admet que les époux peuvent convenir de se placer sous le régime de la communauté des biens acquis au cours de la vie conjugale tout en déterminant les proportions revenant à chacun d'entre eux, en stipulant une clause dans l'acte de mariage ou un acte ultérieur. Les clauses patrimoniales

²⁷ Cf. Nouria Benghabrit-Remaoun, « Les femmes : chômage et réalités du travail », in *Les Algériennes en devenir*, op. cit., p.139. L'auteure se réfère à une étude menée par Djamel Guerriid sur les ouvrières d'unités de l'industrie électronique de Sidi Bel-Abbès, elle montre que « le travail des femmes à l'usine relève moins d'une décision individuelle de la femme que d'un projet de groupe. »

²⁸ Idem, p. 139.

peuvent garantir les droits pécuniaires de l'épouse en soustrayant de l'héritage de son époux les biens acquis grâce à sa participation, eu égard aux règles successorales qui ne lui sont pas favorables, surtout si elle n'a pas de fils. Cependant, la communauté des biens peut aussi fonctionner à l'encontre de ses intérêts si elle n'a pas été suffisamment informée de ses droits, si elle n'a pas pris la précaution de déterminer sa quote part en fonction de sa participation à l'achat des biens acquis. Ces dispositions relatives au partage des responsabilités et au régime mixte de séparation et de communauté des biens librement consenti n'ont aucun impact si elles ne sont pas soutenues par des règles égalitaires en matière d'héritage. Or, la révision n'a pas touché aux règles successorales. Le droit à la *nafaqa* (pension alimentaire) est perçu comme contraire à l'égalité devant le partage des responsabilités mais il est considéré comme une contrepartie de la quote part minorée accordée à la femme en matière d'héritage.

Il est tentant de soutenir que la stipulation de clauses peut s'inscrire dans des stratégies de lutte, de résistance des femmes contre des privilèges qui demeurent prégnants au plan symbolique et matériel ainsi que dans une perspective de changement de leur condition.

Faut-il encore qu'elles soient informées des nouvelles dispositions du code de la famille. Or, une enquête a révélé que 39,3% des femmes enquêtées ne connaissent pas ce texte, 24% connaissent son existence mais ignorent son contenu, 21,7% estiment qu'il est discriminant tandis que 15,4% pensent qu'il constitue un instrument de défense des droits des femmes.²⁹

Faut-il encore que le mariage devant l'officier public ne consiste pas en un simple enregistrement d'une union contractée devant une autre autorité à la maison ou à la mosquée. Car dans ce cadre, les négociations sont, en réalité, menées par le *walî* en l'absence de la future épouse, et souvent couronnées par un accord entre les parties.

²⁹ Cf. Maria Grazia Ruggerini, « Aperçu des résultats de la recherche », in Les Algériennes en devenir, op. cit., p.54

Les pratiques tendent de plus en plus à privilégier le rituel à la mosquée.³⁰ Il semble que la révision du code n'a pas ralenti la progression des unions par *fâtiha* et une étude du ministère des Affaires sociales aurait montré que 25% à 30% des mères célibataires séparées de leurs enfants auraient contracté de telles unions³¹. Celles-ci n'ont aucune valeur juridique tant qu'elles n'ont pas été conclues devant un officier de l'état civil ou un notaire, ou validées par jugement.

En outre, gardons à l'esprit qu'il n'est pas exclu que l'arme puisse se retourner contre l'épouse dans la mesure où les clauses peuvent être formulées par l'époux qui pourra réduire ses droits: consentir à ne pas travailler, à ne pas sortir sans son assentiment, allaiter sa progéniture etc.

Le travail effectué par Global Rights a mis en évidence les obstacles à la stipulation de clauses par les femmes lors de la conclusion du mariage. Outre les inhibitions personnelles (crainte de ne pas trouver un mari ou de perdre le fiancé), « l'omniprésence des familles dans la conclusion du mariage », « la peur du regard et du jugement de la société » constituent des barrières difficiles à enjamber. A cela s'ajoutent les blocages d'ordre institutionnel et administratif : réticence ou opposition des institutions concernées (officiers de l'état civil, notaires) à l'égard de la stipulation de clauses, absence d'outillage (modèle de contrat au niveau des mairies) et d'un personnel habilité à informer et à orienter les futurs conjoints de l'importance de la stipulation de clauses. Il semble que celle-ci ne fasse pas partie de la culture et des mœurs des pays maghrébins ? Celles-ci seraient-elles toujours ancrées dans une logique d'oralité ?

³⁰ Contrairement à ce qui est déclaré par des imams, il n'existe aucune décision officielle du ministère des Affaires religieuses adressée à ces derniers les enjoignant de refuser la célébration d'unions à la mosquée en l'absence d'un extrait d'acte de mariage des intéressés. (Cf. intervention de Ben Azzouz Ben Sabber « Les procédures administratives et de forme de la conclusion du contrat de mariage », présentée lors de ce Colloque).

³¹ Cf. El Watan du 21 juin 2007, p. 3.

La rédaction de contrats de mariage avec stipulation de clauses n'est pas inconnue dans la Maghreb précolonial. Des chercheurs ont montré que ces conventions matrimoniales existaient comme l'attestent les actes retrouvés dans les archives de la *mahkama* malékite de Constantine et dans les archives nationales d'Algérie.

F.Z Guechi a étudié 3300 actes de mariage dressés à Constantine entre 1787 et 1856 parmi lesquels « plus de 300 stipulent des clauses spécifiques concernant essentiellement la limitation de la polygamie. »³² L'auteure précise que les clauses portent fréquemment sur la résidence (en ville et souvent à proximité des parents), la monogamie, l'entretien des enfants issus d'un précédent mariage et le logement séparé de celui des beaux parents.

A Alger, un tiers des actes consultés par K. Hammache (20/60) comporte des clauses qui concernent généralement la polygamie et le refus de cohabiter avec les beaux parents.³³

F.Z Guechi fait remarquer que « les conditions édictées par les épouses à Alger et Constantine au XVIIIème siècle sont similaires dans la nature et diffèrent seulement dans la formulation, qui n'est pas anodine en l'occurrence. »³⁴ La formulation peut être « forte et sans appel » en ce sens qu'elle a pour effet de conduire inévitablement à la rupture de la relation conjugale si l'époux ne respecte pas son engagement, comme en témoigne cette sentence « elle serait illicite pour lui ». Mais « la formule du libre arbitre, de disposer librement de son sort, constitue la clause la plus commune et la plus répandue. »³⁵

³² Cf. F. Zohra Guechi, « Le mariage kairouanais avec clauses dans le contrat : pratiques d'hier et débats d'aujourd'hui », in Arab historical review for Ottoman studies, n°36, novembre/ décembre 2007, p.153-169.

³³ Cf. Khélifa Hammache, La famille dans la ville d'Alger à l'époque ottomane, Doctorat, Université de Constantine, 2007 (citée par FZ Guechi, p. 162).

³⁴ Op. cit., p.162.

³⁵ Idem., p.163.

Au cours de la colonisation, le droit procédural basé sur l'écrit n'a pas réussi à dominer la sphère juridique, particulièrement en matière de statut personnel où les résistances ont été plus intenses face à l'ordre législatif de l'occupant jugé attentatoire à la loi islamique. Notons que le pouvoir colonial a développé une stratégie de compromis qui procède certainement et en partie de la nécessité de préserver le « consensus patriarcal »³⁶.

Aujourd'hui, l'écrit a supplanté l'oralité même si des unions continuent d'être conclues selon la voie traditionnelle et sont abusivement désignées par l'expression mariage par *fâtiha*. Les pratiques de stipulation de clauses vont-elles se développer ?

La rupture du contrat de mariage : le maintien du privilège de masculinité

En matière de contrat, l'égalité juridique constitue, en principe, le support de la relation établie entre les parties contractantes lors de la conclusion et également lors de la rupture. Le mythe du contrat résultant de la rencontre de deux volontés égales et libres a été mis en cause à propos du contrat de travail. La naissance et l'évolution du droit du travail ont été mues par l'idée de protéger les travailleurs placés dans une position de subordination par rapport à l'employeur. Cette protection s'est traduite, entre autres, par des règles de fond et de procédure visant à préserver le travailleur d'une rupture abusive du contrat de travail.

D'emblée, la protection suggère que la personne dont elle est l'objet est fragile, vulnérable, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de sa condition économique, sociale etc. La protection revêt un caractère ambivalent dans la mesure où étant censée garantir les droits de la personne et la défendre, elle peut contribuer à maintenir les inégalités et discriminations. Il en est ainsi de la protection de la

³⁶ Sur l'idée de « consensus patriarcal » à propos du Maroc, cf. A. Roussillon, op. cit.

femme qui traverse les mentalités et les discours et qui sert à conforter et à légitimer des règles et des institutions qui confortent sa condition d'être inférieur. Le contrat de mariage s'apparente quelque peu au contrat de travail dans la mesure où il lie deux personnes insérées dans des rapports inégalitaires de fait.

Le droit de la famille a connu une évolution, certes lente, dans le sens de l'égalité juridique entre époux mais celle-ci n'a pas induit *ipso facto* la disparition d'inégalités et de discriminations fondées sur le sexe. Néanmoins, les femmes peuvent se prévaloir de la loi qui consacre l'égalité juridique pour défendre et revendiquer des droits.

L'ordonnance de 2005 a maintenu les quatre modes de rupture de la relation matrimoniale instaurés par la loi de 1984 et a, par conséquent, reconduit l'inégalité entre époux en la matière. L'époux conserve le droit de dissoudre le mariage sans justifier sa décision (*talâq*) que le juge est appelé à ratifier, alors que l'épouse doit demander au juge de la libérer du lien conjugal (*tatlîq*) et justifier sa requête ou verser une compensation.

La juridiciarisation du *talâq*

Au moment de la conclusion du mariage, l'exigence de la présence du wali est perçue par certains comme une protection de la future épouse. Pourtant et comble du paradoxe, l'épouse mineure ou majeure, demanderesse ou défenderesse, accède au prétoire sans l'exigence d'une telle présence au moment où elle se trouve face à cet éventuel voire probable évènement douloureux que constitue le divorce. En effet, le nouvel article 7-2 accorde au conjoint mineur (époux ou épouse) « la capacité d'ester en justice, quant aux droits et obligations résultant du contrat de mariage. »

Le mariage émancipe la femme de la tutelle paternelle mais elle passe inmanquablement sous l'autorité maritale même si l'ordonnance de 2005 a, comme on l'a vu, abrogé les dispositions qui la plaçaient sous cette autorité. Mais, si l'époux a perdu la qualité de chef de famille au plan juridique, il conserve le droit de rompre la relation conjugale en vertu du principe selon lequel *al 'isma fi yadi al rajoul*. Bien qu'il continue de fonder les règles régissant le divorce, ce principe se trouve, néanmoins, encadré par des dispositions empruntées au droit moderne. L'expression « divorce par la volonté de l'époux » est utilisée pour écarter la notion de répudiation qui recouvre la traditionnelle décision de l'époux de dissoudre le mariage en dehors de tout contrôle. Pourtant, l'ordonnance renoue avec ce terme pour distinguer le divorce qui résulte de la volonté de l'époux (*talâq*) du divorce prononcé à la demande de l'épouse (*tatlîq*). Quoi qu'il en soit, la notion de répudiation n'entame pas la judiciarisation du divorce qui est plutôt renforcée.

En effet, l'ordonnance a précisé et amélioré les règles procédurales à travers la prescription de plusieurs tentatives de conciliation donnant lieu à l'établissement d'un procès-verbal consignant les actes et résultats de celles-ci, signées par le juge, les parties et le greffier (article 49). Si ces tentatives étalées sur une période de trois mois ne conduisent pas souvent l'époux à revenir sur sa décision, peut-être intempestive, elles permettent probablement au juge d'en apprécier le caractère. S'il estime qu'elle est abusive il sera fondé à le condamner à verser des réparations à l'épouse.

L'ordonnance prescrit la transcription à l'état civil des jugements de divorce opérée à la diligence du ministère public (article 49-3). Elle a introduit un nouvel article (3bis) qui dispose que « le ministère public est partie principale dans toutes les instances tendant à l'application des dispositions de la présente loi. » La transcription des jugements de divorce permet de mettre fin à des pratiques préjudiciables aux femmes car nombre d'entre elles ont été divorcées, sans le savoir, en vertu de

jugements rendus par défaut mais réputés contradictoires et non transcrits à l'état civil.

L'ordonnance a maintenu le principe de la responsabilité de l'époux en cas d'utilisation abusive de son droit de dissoudre le mariage, mais l'article 52 a abandonné l'expression « droit à des dommages et intérêts » au profit de celle de « réparations ». Bien qu'en langue arabe les notions de dommages et intérêts et de réparations renvoient au même terme (*ta'ouidh*), il semble que le législateur ait voulu, dans le texte en langue française, rejeter une expression introduite par le droit colonial. En outre et en supprimant « droit à... », il entend en quelque sorte souligner que l'époux dispose du droit de dissoudre le mariage sans avoir à justifier sa décision et que l'octroi de réparations à l'épouse répudiée est tributaire de la preuve qu'elle a subi un préjudice et du pouvoir d'appréciation du juge. De toute manière, les dommages et intérêts jusque là accordés à l'épouse sont souvent dérisoires, et même s'ils sont distincts de la somme octroyée au titre de la *mut'a* et autres indemnités, ils correspondent plus à ce don de consolation qui était quelquefois versé à la femme répudiée qu'à la réparation d'un préjudice matériel et moral résultant d'une rupture abusive de la relation conjugale.

Dans un jugement rendu par le tribunal d'Oran datant de 2008 (inédit), l'épouse a bénéficié d'indemnités au titre de la *nef ka el'idda* (20000DA contre 50000DA demandés), de la *nafaqa el ihmal* (pension alimentaire d'abandon mensuelle : 3000DA contre 5000DA sollicités) et de réparations (40000DA contre 80000DA demandés au titre de la *mut'a*). Outre le fait que le juge lui a accordé des sommes bien inférieures aux sommes demandées, on constate que les réparations sont rattachées à la *mut'a* ou don de consolation. Le jugement a prononcé le divorce ratifiant ainsi la décision du mari mais il lui a fait endosser la responsabilité de la dissolution du mariage. Une avocate a fait remarquer que les juges ont tendance à accorder des réparations dès lors que l'époux demande la dissolution du mariage. Mais ne risquent-ils pas d'être censurés par la Cour suprême dont la jurisprudence est

constante et ne peut être remise en cause par des arrêts postérieurs à la révision de 2005.³⁷

Les cas de divorce réservés à l'épouse

L'épouse est autorisée à demander le divorce si elle s'inscrit dans les cas énumérés dans l'article 53, c'est-à-dire si le mari a failli à ses obligations légales (entretien, devoir conjugal, procréation, équité envers ses épouses), déshonore sa famille (condamnation pénale, faute immorale). L'ordonnance de 2005 a ajouté trois autres : violation de ses obligations contractuelles, violation des dispositions de l'article 8 concernant la polygamie et en cas de désaccord persistant entre les époux. En outre et s'agissant de la condamnation pénale, il n'est plus exigé que celle-ci soit « une peine infâmante privative de liberté pour une période dépassant une année », il suffit que l'époux soit condamné « pour une infraction de nature à déshonorer la famille et rendre impossible la reprise de la vie conjugale ».

En permettant à la femme de demander le divorce pour « désaccord persistant », l'ordonnance a ouvert une voie, jusqu'alors fermée. En effet, il était difficile à l'épouse d'échapper à une vie conjugale jugée oppressante et insupportable si elle s'avère incapable d'apporter la preuve de faits lui permettant de s'inscrire dans les cas mentionnés dans l'article 53. Elle sera alors déboutée et se heurtera au jugement ordonnant le retour au domicile conjugal en raison du refus du mari de dissoudre le mariage.

³⁷ La Cour suprême a rendu de nombreux arrêts dans lesquels elle reconnaît au mari la faculté de rompre la relation conjugale sans justifier sa décision à charge pour lui d'en endosser la responsabilité et, par conséquent, de verser des réparations (15 juin 1999, Revue judiciaire-RJ-, numéro spécial, 2001, p.104 ; 16 mars 1999, RJ, 2001, p. 256). En revanche, elle a jugé que le mari n'est pas tenu de verser des réparations dès lors qu'il n'est pas établi qu'il a abusivement usé de son droit de répudier son épouse ou qu'il l'a maltraitée (17 novembre 1998, RJ, numéro spécial, 2001, p.252). La haute juridiction insiste sur le fait que le juge a pour rôle de ratifier la décision de l'époux. Même dans le cas du *khul'*, elle a estimé que le juge n'est pas habilité à « statuer de son propre chef » mais qu'il doit prendre en compte la volonté du mari (11 juin 1984, RJ, 1984, n°3, p. 39-41).

Depuis la révision, lorsqu'il est établi que l'épouse se trouve dans un des cas prévus par l'article 53, le juge prononce le divorce et peut lui accorder des réparations si elle a subi un préjudice (article 53 bis). Cependant, on est renvoyé au problème de la détermination du type de désaccord dont le caractère persistant permettrait au juge de prononcer la rupture d'une relation conjugale devenue intenable. Le magistrat est comme on le voit doté d'un large pouvoir d'appréciation en la matière. La charge de la preuve pèse sur l'épouse et dans certains cas il sera difficile d'apporter la preuve de ses allégations. Les dispositions de l'article 53bis ne font que combler une lacune car il est indubitable que dans certains cas mentionnés dans l'article 53, les agissements de l'époux ne peuvent qu'occasionner un préjudice à l'épouse, il en est ainsi s'il a failli à ses obligations légales et contractuelles.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'élargissement de l'éventail des cas autorisant la femme à demander le divorce ne signifie nullement qu'elle est placée sur un pied d'égalité avec l'homme. En effet, l'époux dissout le mariage de manière unilatérale **sans avoir à justifier** sa décision, le juge se limitant à ratifier celle-ci après avoir respecté la procédure de conciliation. Ce privilège n'est pas fondamentalement remis en cause par la condamnation à des réparations car outre le fait qu'elle n'est pas automatique mais conditionnée par l'usage abusif du droit de répudiation, les sommes allouées à ce titre à l'épouse divorcée sont souvent modiques. En revanche, l'épouse sollicite le juge pour la libérer de la relation conjugale en **justifiant** sa demande en référence aux cas prescrits par le législateur³⁸, sous peine de voir son action rejetée.

C'est pourquoi, le législateur a conservé la voie du *khul'* et la modification de l'article 54 a clos une controverse entre les partisans de

³⁸ Des arrêts de la Cour suprême révèlent que cette juridiction se montre intransigeante sur la preuve devant être établie par l'épouse qui demande le divorce : 17 juillet 1998, RJ, n° spécial, 2001, p.116-118 ; 18 mai 1999, RJ, n° 1, p.126-128. Cf. F.Z Sai, thèse, op. cit., p.332-333.

la thèse du *khul'* en tant que contrat consensuel et les partisans du *khul'* perçu comme droit de la femme de se libérer du lien conjugal.³⁹ Il autorise l'épouse à se séparer de son conjoint en précisant « **sans l'accord** de ce dernier ». Elle est, néanmoins, tenue de lui verser «une somme à titre de *khul'*», et en cas de désaccord sur la contre partie, il revient au juge de la fixer tout en respectant la disposition selon laquelle le montant ne saurait dépasser la valeur du « *sadâq al mithl* » évaluée à la date du jugement. Il est tentant d'assimiler la faculté de l'épouse de recourir au *khul'* à celle de l'époux de dissoudre de manière unilatérale le mariage en arguant que l'un et l'autre ne sont pas tenus de justifier leur décision mais qu'ils sont appelés à verser des réparations.

Il s'agit de deux modes distincts de dissolution du mariage obéissant à des règles différentes. La contrepartie versée par l'épouse constitue le fondement du *khul'*, elle est exigible alors que les réparations à la charge du mari ne sont ordonnées par le juge que s'il estime qu'il y a eu utilisation abusive de son droit de répudiation. Le *khul'* représente une voie de recours ultime pour la femme n'ayant pas pu obtenir le divorce sur la base de l'article 53, la libération du lien conjugal a alors un prix, même si celui-ci n'est plus laissé à l'appréciation de l'époux. En effet, la femme se trouve en quelque sorte dépossédée matériellement et symboliquement de sa dot ou d'une partie de son patrimoine si celle-ci a été investie dans un bien meuble ou immeuble.

Tout dépend de la somme qui sera fixée par le juge et que l'article 54 désigne par l'expression « *sadâq el mithl* ». La quantification de ce *sadâq* ne constitue pas une chose aisée puisque la dot n'est pas uniforme car outre le fait qu'elle puisse être déterminée en nature et/ou en espèce, elle varie en fonction de la condition socioéconomique des époux. Le juge a un large pouvoir d'appréciation et il sera enclin à fixer un montant qui ne sera pas nécessairement conforme aux fluctuations de la dot sur le marché matrimonial. Ainsi, une femme de condition pauvre pourra-elle s'acquitter d'une somme qui lui paraît exorbitante compte tenu des ressources dont elle dispose ? Elle sera alors portée à

³⁹ Idem, p.334-336.

renoncer à un divorce qui va la pénaliser. Il est fort probable que le montant de la dot qu'elle a reçue lors du mariage était inférieur à celui du *sadâq el mithl* que le juge aura fixé. En fait, la mention de la dot dans le contrat de mariage peut servir ou desservir la femme qui devra un jour recourir au *khul'* pour demander le divorce.

Selon une avocate, l'une des difficultés concernant l'application des dispositions en la matière réside dans le fait que l'exécution de jugements prononçant le divorce par *khul'* se heurte au non versement par l'épouse de la contrepartie, souvent en raison de son indisponibilité financière.

A l'instar de la *nafaka*, le *khul'* se trouve au cœur d'une contradiction qui traverse la sphère des droits familiaux de la femme : la jouissance de droits (celui de se libérer d'une union pour des motifs légitimes autres que ceux prescrits par l'article 53) peut être contrecarrée par la perte de droits (d'ordre financier dans ce cas). Cette contradiction procède d'incohérences textuelles (dispositions égalitaires et dispositions inégalitaires se côtoient) auxquelles s'ajoutent les décalages entre le niveau normatif et une réalité complexe et contrastée. Là encore, « la société a toujours le dernier mot » pour reprendre l'idée d'un sociologue, en l'occurrence, D. Guerriid.

L'ordonnance de 2005 a peu ou prou réduit l'écart entre les époux, elle n'a pas supprimé l'inégalité sur laquelle repose les dispositions relatives à la dissolution du mariage.

La stipulation de clauses tendant à garantir à la femme des droits à la suite d'une dissolution du mariage résultant de la volonté de l'époux serait-elle envisageable ?

Des femmes interrogées dans le cadre du travail effectué par Global Rights ont songé à une telle éventualité pour défendre leurs droits et ceux de leur progéniture. En effet, elles ont proposé une clause concernant la pension alimentaire, mentionnant les critères de son montant, les modalités de paiement etc., ce qui montre que les

réparations dues à l'épouse et la pension versée aux enfants ne permettent pas d'assurer une vie décente à la famille surtout si la femme ne travaille pas. Certaines ont préconisé l'insertion d'une clause concernant la garde et la tutelle des enfants après un éventuel divorce. L'attribution du domicile conjugal après la dissolution du mariage par divorce ou par décès du mari figure parmi les clauses susceptibles d'être stipulées. Une clause sur la division des biens acquis au cours du mariage a été suggérée par beaucoup d'entre elles, arguant du fait que même si l'épouse n'exerce pas une activité professionnelle et ne participe pas financièrement aux dépenses du foyer, sa contribution est assurée par le travail accompli à la maison et les responsabilités familiales assumées.

Gardons à l'esprit que l'article 19 a conditionné la stipulation de clauses à leur compatibilité avec les dispositions du code, ce qui suscite la question de savoir quelles sont les clauses qui seraient contraires à ces dispositions. Le législateur est resté muet, il revient alors au juge d'apprécier. Faut-il penser qu'une clause anticipant un divorce puisse être considérée comme attentatoire aux dispositions du code ? Que penser alors de clauses susceptibles d'ébranler la vision de la famille véhiculée par le code ?

CONCLUSION

La révision a marqué une avancée dans la mesure où elle met en exergue la contractualisation du mariage qui postule et implique l'égalité entre les futurs époux. Pourtant, la contractualisation fonctionne plus comme un miroir aux alouettes car outre le fait qu'elle se heurte à des obstacles découlant d'inégalités de fait entre les époux au moment du mariage ou au cours de la vie conjugale, elle contribue à occulter les inégalités de droit notamment en matière de dissolution du lien matrimonial. La stipulation de clauses apparaît comme un gage de protection de la femme, ce qui met entre parenthèses la tension entre la contractualisation qui suggère responsabilité, autonomie de l'individu et la protection qui suggère infériorité, vulnérabilité. La vision contractualiste du mariage qui se dégage du code de la famille procède moins d'une perspective de transformation des rapports sociaux de sexe que de leur perpétuation ou reproduction ou encore d'un réaménagement du compromis patriarcal. Il n'en demeure pas moins que la stipulation de clauses contractuelles pourrait constituer une arme juridique de négociation.

Reconnaître à la femme la possibilité de négocier les termes du contrat de mariage est en soi important car elle accède à un statut d'être juridique autonome, il n'est pas révolutionnaire du fait que cette négociation se fait sous « l'œil vigilant et protecteur » du *wali*. Il est certain que des femmes seront amenées à émettre des clauses au regard des diverses stratégies matrimoniales susceptibles d'être déployées, le mariage apparaissant autant comme un refuge qui prodiguerait la sécurité que comme une aventure dont l'issue est incertaine. La clause n'est certes opérante que si la femme est réellement autonome, si elle est placée dans une situation qui lui permet de se poser en partenaire capable de la faire accepter par la partie cocontractante. Mais elle peut

consister en une prévention négociée contre les vicissitudes, les aléas de la vie, et tout dépend des termes et des conditions de la négociation.

« La revendication essentielle des femmes aujourd'hui est d'être maîtresses de leur espace domestique. Elles refusent de cohabiter avec les parents de leur époux et vont jusqu'au conflit lorsque l'ingérence de ces derniers devient intolérable. »⁴⁰ Il faut ajouter le refus de se voir adjoindre une coépouse. C'est pourquoi, les clauses susceptibles d'avoir la faveur des femmes seraient celles qui leur assurent la paix et la plénitude du pouvoir au sein de l'espace domestique, des clauses qui ont été stipulées il y a plusieurs siècles de cela (monogamie, logement séparé) et qui ne devraient pas soulever des objections. Mais, les mutations sociales ont généré d'autres besoins, d'autres aspirations, qui pourraient inspirer d'autres clauses : interdiction d'user de violence sous toutes ses formes, droit de travailler en dehors du foyer conjugal, droit de poursuivre des études, domicile conjugal indépendant, planning familial, partage des tâches et des responsabilités au sein du foyer, polygamie, droit aux soins médicaux, droit de se déplacer librement, modalités de divorce, attribution du domicile conjugal après dissolution du mariage⁴¹. Certaines d'entre elles seraient plus problématiques car elles pourraient ébranler la traditionnelle division des tâches et des rôles entre les sexes que la révision n'a pas remis en cause.

Les femmes ayant participé à la réalisation du programme initié par Global Rights ont suggéré des stratégies pour affronter les obstacles évoqués, ce qui montre que ceux-ci ne sont pas simples, ils articulent des facteurs psychologiques, culturels, sociaux, politiques, juridiques, administratifs etc. En fait, cela ne s'explique-t-il par le fait qu' «à

⁴⁰ Cf.F.Adel, op. cit. , p.76.

⁴¹ De telles clauses ont été proposées par des femmes concernées par le travail de Global Rights

travers ses institutions multiples, la société continue de gérer le statut personnel, comme s'il s'agissait de perpétuer la famille agnatique. »⁴²
Et selon les femmes interrogées, un des moyens assez simple destiné à promouvoir les droits de la femme dans le contrat consiste à « réformer les procédures administratives relatives à la conclusion du contrat de mariage ». Cela se traduirait par l'adoption d' «un formulaire officiel de contrat de mariage qui soit détaillé et qui inclut toutes les conditions possibles (...), devant être obligatoire pour tous et non facultatif, et imposé par le gouvernement aux personnes responsables de la conclusion des contrats de mariage.»⁴³

⁴² Cf F. Adel, op. cit. p.76.

⁴³ Op. cit., p.104.