

## LES CAUSES CLASSIQUES DE L'INSTABILITE DU MARIAGE

Cheikh Mechri AOUISSI\*

Ces causes dans l'esprit des membres de la commission chargée de la préparation de ce séminaire sur le droit de la famille sont de deux sortes.

1° Les causes antérieures au mariage, on a voulu entendre par là l'absence ou le vice de consentement, la crainte révérentielle des parents, la non connaissance des futeurs époux l'un par l'autre.

2° Les causes qui peuvent surgir pendant le mariage. Ce sont la polygamie, le défaut d'adoption, l'ouverture du divorce etc...

J'ai accepté de rédiger ces quelques pages sur ce sujet (1) et présenter le point de vue classique et les réformes apportées par les états modernes non pas que j'ai la prétention d'être juriste dans le sens noble et traditionnel, mais parce que le sujet est devenu un lieu commun car il a préoccupé l'esprit de chercheurs étrangers depuis plus d'un siècle sans oublier nos juristes éminents depuis les premiers temps de l'Islam qui ont déployés des efforts énormes et nous ont légués un patrimoine juridique inestimable digne de respect et d'intérêt. Sa valeur scientifique incontestable ne peut être défigurée ou ignorée quels qu'en soient les mobiles, la négligence, l'improvisation, le manque de précision ou la mauvaise intention.

Un courant de renaissance des connaissances juridiques s'est développé dans le monde musulman. Il s'est assigné la mission d'expliquer, de connaître et de faire connaître pour les étrangers et les musulmans dont la culture n'est pas arabo-islamique, ce droit et ses principes qui sont aussi rationnels que ceux du droit moderne chez les occidentaux. Il visait aussi à faire disparaître le trouble dans les esprits pour certains orientalistes qui nous avaient habitués à exposer des théories sur un droit dont ils ignoraient la langue ou la connaissaient mal, les sources de ce droit.

Ils ont, peut être, été influencés par deux difficultés que présentaient ce droit, l'une de forme, l'autre de fond.

---

\* Professeur à la faculté des lettres et des sciences humaines d'Alger, conseiller à la cour suprême.

(1) Cette communication a été faite en langue Arabe.

La première était que ce droit n'était pas codifié, c'est à dire présenté dans un ordre méthodique. Il fallait recourir à des travaux de recherches parmi les nombreux ouvrages de droit et de jurisprudence pour trouver les solutions dominantes et consacrés dans chaque école. Souvent les juristes anciens n'étaient pas d'accord sur la qualification de la solution proposée. C'était là un travail difficile pour les juristes de notre temps et presque impossible pour l'homme qui cherche seulement la culture.

La seconde difficulté était que l'application des principes de l'école juridique dominante dans chaque pays musulman, pour le Maghreb, l'école Malékite s'est avéré parfois difficile et non en harmonie avec l'esprit du siècle alors que dans d'autres écoles orthodoxes, il y a des solutions qui semblent meilleures. Autrement dit le mélange des rites qui n'est pas permis pour un individu ou un magistrat, l'est pour un pays dans son travail de codification.

Ces deux difficultés ont été surmontées.

D'illustres hommes de droit pensent être à même d'affronter les difficultés qui se présentent à notre temps et leur trouver des solutions généreuses et humaines en conformité avec les principes coraniques et traditionnel lorsqu'il y a un texte, sinon ils puiseraient dans les rites, ou feraient appel au jugement personnel affiné et exercé par la méditation à condition de ne pas enfreindre l'Idjemâ ou assentiment général des juristes, lorsqu'il existe sur la question posée.

\*  
\*\*

#### De la famille

Le Coran régleme la famille. Cette réglementation a trait aux époux, à leurs devoirs réciproques, aux droits des enfants et des parents, aux pensions alimentaires et aux obligations d'entraide entre les membres de la famille, aux successions. La sunna n'a fait que développer et expliquer ces principes.

Il y a lieu de remarquer que le Coran n'a pas développé le rituel des obligations ou les peines comme il l'a fait pour la famille.

La raison peut être expliquée par le fait que les lois régissant la famille sont les actes plus importants de la vie et font l'objet de critiques et de spéculation et les gens ont tendance à vouloir légiférer en cette matière d'une manière susceptible de fantaisie ou d'arbitraire.

Donc c'est le Coran qui a fixé les grands principes qui doivent régir la famille et défend à tout musulman d'outrepasser ces principes.

Dans les versets 229 et 230 du chapitre II, il est dit six fois que c'est là les limites établies par Dieu, limites à respecter.

Dans le verset 13 du chapitre IV, après avoir édicté les commandements et les recommandations relatifs aux faibles, les femmes et les orphelins le très haut ordonne : « Tels sont les commandements de Dieu... ».

A la fin de ce chapitre IV après avoir posé la règle de succession des collatéraux, il dit « Dieu vous l'explique pour ne pas vous exposer à des erreurs ».

Tout le monde sait que l'acte de mariage n'est pas un acte ordinaire comme les autres actes de la vie ayant seulement des effets juridiques. La plupart des actes n'intéressent que les parties contractantes et leur annulation ou leur violation ne soulèvent ni indignation ni désapprobation de la société. Il est fait obligation de respecter tous les engagements librement pris.

Au contraire le mariage est un acte qui intéresse vivement toute la société. Elle s'y intéresse avant sa conclusion, après la célébration ou sa dissolution. Le lien unissant les époux étant considéré comme un lien fort sacré. *Mishaq'galid*.

Les gens assistent à la rédaction de l'acte à la mosquée ou au prétoire, à la célébration, organisent le repas de noces. Le Prophète recommande d'y assister si on est invité contrairement à toutes les autres cérémonies.

Enfin il a édicté les principes qui doivent lui assurer la publicité la stabilité et la pérennité. Ce n'est pas la faute du droit si certains musulmans ne respectent pas les limites bien définies.

\*  
\*\*

### **De l'âge du mariage**

Certes les juristes anciens ont permis le mariage des impubères. Mais tous sont unanimes pour que sa consommation ne peut avoir lieu qu'après la puberté. Ils avaient leurs raisons que vous pouvez deviner. Mais nous trouvons certains juristes respectables qui ont connu une célébrité aussi grande que les Maîtres des grandes écoles, je veux dire Abderrahmane Ibn Châbruma, Abou Bekr Alaçamm, Othmane El Batté et autres déclaraient nul le mariage des impubères.

Rien n'empêchait d'adopter leur point de vue sur cette question qui est devenu périmée ou nuisible même pour la société.

C'est ainsi que tous les pays musulmans ont fixé un âge légal pour le mariage.

En Algérie depuis des décennies cet âge était fixé pour la femme à 15 ans révolus et pour l'homme à 18 ans révolus conformément au C.C. français. L'ordonnance de 1959 et le décret d'application n'ont fait que confirmer cette disposition. La loi du 29 juin 1963 a porté l'âge exigé pour la femme à 16 ans révolus. Toutefois des dispenses d'âge pour des motifs graves sont prévues.

En Tunisie les dispositions sont les mêmes sauf que l'âge requis est plus élevé. Il est de 20 ans révolus pour l'homme et de 17 ans pour la femme.

En Egypte, même législation qu'en Algérie. La loi de 1923 édictait que les actions tendant à la constatation du mariage n'étaient pas recevables si au moment de l'acte, l'âge des époux était inférieur à l'âge fixé. Cette disposition a été modifiée par l'article 99 de la loi de 1931 qui rendait ces actions recevables si l'âge des époux était l'âge légal au moment de l'introduction de l'instance pour éviter la gêne encourue par le texte antérieur.

Le Code marocain « Mudawana » fixe à 18 ans l'âge de l'homme et à 15 ans celui de la femme, avec la possibilité pour le premier de demander une dispense au magistrat.

Il n'est pas prévu d'âge maximum dans les législations modernes à ce que je sache.

Le Dahir marocain art. 15, accorde à la femme le droit de se prévaloir en cas de disproportion exagérée selon la coutume entre son âge et celui de son mari. On a voulu probablement éviter certains abus ou dissimulation d'âge.

Le droit syrien laisse cela à l'appréciation du magistrat qui n'accordera pas son autorisation s'il n'en constate pas l'utilité sans préciser l'âge.

C'est là à notre avis une innovation dans le code de la famille et constitue une ingérence dans la liberté de l'individu qui est seul juge de ses intérêts, du fait qu'il est majeur. La législation doit veiller seulement à ce que ses actes soient passés en toute liberté et sans aucune contrainte.

#### **De la connaissance des futurs époux l'un par l'autre**

Le Prophète a permis à chacun des futurs époux de se voir « ce qui pourrait contribuer à créer la bonne entente entre eux » (Hadith). La tradition est explicite sur cette question. Les futurs époux doivent se connaître d'une façon normale dans le respect des bonnes mœurs, et non de manière à provoquer des soupçons ou des doutes sous le couvert de fiançailles.

Elle ne constitue pas à notre avis une cause d'instabilité. Chaque personne doit s'entourer de toutes les garanties souhaitables pour que son mariage soit le mieux solide.

#### **Du consentement.**

C'est une question qui ne se pose plus actuellement du fait que nous avons écarté le mariage des impubères.

De l'avis unanime des juristes le consentement de l'homme majeur est une condition nécessaire pour la validité du mariage. Il en est de même pour la femme qui a consommé un premier mariage ainsi que la vierge majeure et émancipée. Abu Hanifa, El Awzai et Thawri enseignent que le consentement explicite doit être requis pour chaque jeune fille nubile.

Il n'y a aucun inconvénient à admettre cette dernière opinion. C'est ce qu'ont adopté la plupart des codes établis dans les pays musulmans qui ont abandonné le djabr.

En Algérie, le consentement est requis selon l'art. 2 de l'ordonnance du 4 février 1959 toujours en vigueur. Celui des mineurs ou des interdits judiciaires ou légaux doit être complété par celui de leur tuteur.

Il en est de même pour le Code Tunisien, Marocain etc...

Il appartient donc à l'homme comme à la femme de bien réfléchir avant d'exprimer leur consentement et de veiller aux qualités de moralité, de piété, d'honnêteté et de vertu. Chacun a le libre choix de son conjoint ; il n'aura à s'en prendre qu'à lui même.

### **La polygamie.**

Nul doute que le meilleur mariage est le mariage unique. La monogamie est la règle pour le meilleur des hommes et des femmes. Malheureusement les hommes et les femmes sont ce qu'ils sont et ne sont pas tous d'une vie exemplaire. Certains parmi eux risquent ou d'avoir des relations illicites, ou de recourir au mariage licite même s'il présente une défectuosité, qui reconnaît la paternité et établit les droits de l'épouse et des enfants contrairement aux relations illicites.

Comme vous le savez la polygamie était en pratique dans tout le monde civilisé, au premier temps de l'Islam. Elle était chez les Romains, les Perses ; les religions Hébraïques et Chrétiennes l'ont admises sans limitation de nombre.

L'Islam est la première législation à proclamer le principe « les femmes ont autant de droits que de devoirs dans le mariage suivant une juste mesure ».

Il a limité le nombre des co-épouses et soumis cette polygamie, qui n'est en principe qu'une tolérance, à la condition d'assurer à chaque épouse le traitement auquel elle a droit. La condition principale est l'équité.

Tous les juristes sont d'accord pour interdire le mariage avec une femme unique si l'époux est sûr de ne pas être équitable ou est dans l'impossibilité de subvenir aux besoins de sa femme et de ses enfants. Mais cette interdiction ne peut être que religieuse relevant de la conscience de l'individu.

Aucune législation à notre connaissance n'exige pour contracter mariage l'établissement de l'honorabilité d'un homme ou d'une femme et leur capacité de pouvoir subvenir aux besoins de leurs ménages.

Certes la polygamie constitue une injustice à l'encontre de la famille elle-même et est la cause de son instabilité. Le droit l'a permise seulement « La persistance des tendances polymagiques ou polyandriques dans les sociétés modernes de civilisation européennes n'a pas été négligé c'est en particulier, un élément des fameuses enquêtes d'Alfred Kinsey sur le comportement sexuel, 1948-1954. Il existe inévitablement

dans toute société monogamique, une frange de polygamiques résurgents, il est possible que la polygamie du droit musulman dans son sérieux, n'ait pas d'autre signification que celle-là ». (Jean Carbonnier, droit civil page 331).

Cette tendance polygamique qui peut être pouvait se concevoir à titre exceptionnel s'est considérablement atténuée avec les exigences de la vie moderne dans les pays musulmans et notamment en Algérie.

Elle était en nette diminution depuis des décennies et on pensait qu'elle atteindrait un pourcentage si insignifiant qu'elle ne nécessiterait pas de réglementation.

On nous dit qu'elle constitue actuellement un mal social, mais cette constatation n'est pas établie par une statistique sérieuse. Ce qui existe à notre avis et a alarmé les magistrats et les hommes de lois, ce sont des monogamies successives. Souvent l'homme abandonne la première épouse et ses enfants, contracte un nouveau mariage secret ou devant la djemaa. Cette façon de faire est réprouvée par la morale et le droit mais il faut avouer que la responsabilité de la nouvelle femme se trouve engagée et elle est aussi blamable que le mari indigne qui ne cherche qu'à satisfaire ses désirs mesquins.

Les femmes en principe n'acceptent pas de co-épouse. Lorsqu'un homme demande une femme en mariage la première question qu'on lui pose, est-il marié ? a-t-il divorcé ? Dans l'affirmative il est souvent éconduit. Malheureusement il y a des femmes qui l'acceptent ou le provoquent même.

C'est à la justice de sévire, avec toute la rigueur possible, à l'encontre des hommes qui abandonnent leurs épouses et leurs enfants ou prennent une seconde femme alors qu'ils sont incapables de subvenir aux besoins d'une seule, outre passant les limites établies pour cette simple tolérance qui ne peut être une source d'abus et d'iniquité.

Qu'en est-il de la polygamie, selon la législation moderne, dans les pays musulmans ? En Egypte, elle est encore l'objet de discussion depuis plus d'un demi-siècle, Abou puis son élève disciple Zaghoul se sont penchés sur cette question. En 1943 on a tenté de la réglementer en se fondant sur une Fetoua du Muphti Mustapha El Meraghi qui est revenu en 1945 sur son avis de réglementation. Le projet fut repris en 1953 ; jusqu'à ce jour nous ne savons pas ce que le législateur Egyptien décidera.

En Algérie le pouvoir avant l'indépendance ne s'est pas cru autorisé de légiférer en pareille matière quoique le principe fut combattu par certains qui jugeaient l'Islam à travers certains musulmans qui ne respectaient pas les prescriptions de leur religion.

L'Algérie indépendante n'a pas non plus légiféré dans ce domaine qui demande une étude approfondie pour prendre des décisions sérieuses et non improvisées. Il y a dans ce domaine un travail d'éducation et d'orientation et de mise en garde à faire.

Le code Tunisien interdit la polygamie dans l'art. 18. Il prévoit une amende ou une peine de prison ou les 2 à la fois pour les contrevenants.

Le dahir marocain pose le principe de la monogamie mais n'autorise la polygamie qu'à la condition exigée par le texte coranique. La 2ème femme doit être toujours prévenue du mariage précédent. Le magistrat pourra dissoudre le premier mariage si la femme le demande (Art. 30).

### L'ouverture du divorce.

Chaque musulman sait que le mariage est conclu pour la vie. Les juristes orthodoxes sont unanimes pour déclarer nul le mariage temporaire, toute stipulation de durée le rend nul même si cette durée est très longue.

D'autre part la plupart des juristes qualifient la répudiation de haram, répréhensible. Mais c'est une interdiction purement religieuse s'il répudie sans aucune raison valable. On rapporte que le Prophète a dit : la répudiation est la pire des choses licites ; celle qu'il a le plus en horreur. Il menace de malédiction ceux qui répudient pour le seul motif du plaisir. Ne répudiez les femmes que pour cause de mauvaise conduite etc...

La répudiation cause un tort certain à la femme et aux enfants. La société est saisie de frayeur parfois de dégoût même et se voit bafouée par cet acte.

Malheureusement il y a les cas où la dissolution s'impose lorsque la vie commune devient intolérable. Si elle est un mal ou l'admet pour repousser un mal plus grand.

De deux maux il faut choisir le moindre.

Vous êtes mieux placé que quiconque pour connaître les problèmes soulevés par ce phénomène juridique. Il a été le plus étudié sous l'angle sociologique, religieux et juridique pendant des siècles.

« Depuis une cinquantaine d'années le problème de principe semble réglé et les adversaires du divorce ne paraissent plus se battre que sur des positions de repli ». Malgré le principe de l'indissolubilité du mariage posé par l'Eglise, l'Italie, cette fille aînée de l'Eglise tente de l'admettre. On l'a admis de mauvaise grâce comme un facteur de salubrité morale. Ne pas l'admettre constituerait un abus de droit dont la première à en souffrir est la femme qu'on croit protéger et les enfants qu'on pense ménager. Sa réprobation morale par toutes les religions est nette.

L'Islam ordonne aux époux de se montrer convenables durant la vie commune.

Il a fait toutes les recommandations souhaitables pour supporter les frictions ou les dissensions.

Le droit musulman comme beaucoup de législations modernes admet le divorce par consentement mutuel. Le magistrat doit seulement s'assurer que l'aversion entre les époux est vraiment profonde et irrémédiable.

C'est aux arbitres de le constater. Verset 35 sourate IV.

Si c'est la femme qui éprouve cette aversion grave et ne présente aucun grief contre son mari et veut mettre fin à la vie commune, le magistrat ne peut que prononcer la dissolution et la condamner en conséquence.

Elle peut invoquer des causes peremptoires connues ; le divorce est prononcé et le mari condamné aux pensions et au Moutaa.

Le mari a le droit de répudier sans invoquer de causes. Le magistrat doit, après la tentative de conciliation et la demande de réflexion, constater sa volonté unilatérale de rompre ce lien sacré et le condamner en conséquence. Le législateur musulman a admis cette façon de procéder pour éviter d'étaler au grand jour devant les tribunaux une situation qui pourrait nuire à la vie de la femme et des enfants.

Cette répudiation est laissée au mari qui n'en usera qu'à l'extrême limite ; on reconnaît que certains musulmans usaient et abusaient des formules de répudiation, on répudiait au marché, au café, aux champs et les gens de droit et de religion se crispaient saisie d'horreur à l'audition de ces formules.

Les juristes ont été contraint de reviser toutes ces formules et adopter des solutions plus souples sans sortir des limites de l'orthodoxie.

On nous dit que le taux des divorces a atteint une élévation anormale. La responsabilité n'incombe pas à notre avis au droit. Ce sont les mœurs qu'il faut corriger. Cette situation n'est pas spéciale à notre société. Tout le monde déplore cette situation.

Nous avons essayé d'établir une statistique que je vous livre en toute bonne foi.

	Pour les hommes	Pour les femmes
En 1936	0,6 %	0,8 %
1948	1,7 %	2,9 %
1954	1,2 %	2,45 %
1966	1,5 %	4,2 %

Au tribunal d'instance du grand Alger pour l'année 1967 il a été rendu 1457 jugements de divorce sur 1775 affaires inscrites, 309 affaires ont été rayées.

Pour le 1<sup>o</sup> trimestre de l'année en cours le même tribunal a rendu 557 décisions et prononcé 450 divorces.

Il est à remarquer que la population musulmane pour la capitale a presque décuplé.

En 1965 les mariages enregistrés pour toute l'Algérie ont atteint le chiffre de 67.525 et le nombre des divorces prononcés a été de 4.800 (chiffres communiqués par le recensement officiel, confirmant ceux établis par l'O.N.U.).

Pour le 2<sup>e</sup> trimestre 1966 pour tous les départements algériens il a été prononcé 4.331 divorces.

Les chiffres peuvent effrayer mais il est incontestable que la plus grande partie des divorces sont prononcés après accord mutuel des époux.

Viennent ensuite les divorces prononcés par défaut d'entretien ou pour cause de longue absence etc...

Les cas de répudiation par le mari ne constituent qu'un nombre relativement faible.

Il est inutile de vous rappeler la législation des pays musulmans qui ont réglementé cette question faute de temps.

#### **La filiation adoptive Et Tabanni.**

Certains pensent que le défaut d'adoption est une cause de divorce. Je ne me crois pas autorisé à parler de cette question qui en mon âme et conscience me paraît formellement interdite par le Texte Sacré. Cette interdiction est consacrée par l'Ijmâ.

Il y a la reconnaissance de paternité Istilhaq. Il y a la possibilité de recueillir des enfants trouvés ou orphelins et les instituer héritiers dans la limite du 1/3 disponible.

\*  
\*\*

Avant de terminer je voudrai présenter mes excuses sincères pour les erreurs ou les oublis que j'ai pu commettre. Je demande pardon si je n'ai pas respecté les opinions de certains ou si je les ai froissés dans leur sentiment.

Je n'ai fait que rapporter aussi fidèlement que possible les principes d'un droit que je crois susceptible d'évolution dans des limites bien comprises.

## EXTRAITS DES DEBATS

BENHALIMA — M. le Professeur et conseiller, je voudrais vous poser une question. En tant que législateur algérien parmi les législations déjà promulguées dans les autres pays musulmans, laquelle choisiriez vous, de laquelle vous rapprocheriez vous ?

Cheikh AOUISSI — Autant que faire se peut je ne sortirai pas des limites de ce droit. Je ne suis pas obligé, je ne suis tenu d'être oriental, occidental.

Nous avons un peuple qui est foncièrement musulman et j'estime en mon âme et conscience que c'est un droit dont les principes sont composés par le droit musulman qui doit être appliqué.

Je respecte l'opinion des autres, mais j'ai ma conviction.

Mme HASSANI — Un homme majeur et une femme majeure peuvent se marier sans le consentement de leurs parents.

Or je sais qu'actuellement, des cadis refusent à des jeunes gens soit de se marier, même quand la fille est majeure, s'il n'y a pas le consentement du père. Qu'en pensez-vous ?

Cheikh AOUISSI — Il ne refuse pas. Le législateur musulman exige ou du moins, conseille pour certains, mais pour les autres rites que se soit malékite, hanéfite etc... exige simplement la présence d'un homme pourvu qu'il soit de la famille car sa **présence** est symbolique. Il ne peut la marier contre son gré.

Mme HASSANI — Si la fille veut se marier contre le gré de son père ?

Cheikh AOUISSI — Il est dans tous les rites que la femme si elle est demandée en mariage par un homme honorable qui est digne d'elle, le père et à plus forte raison tous les autres tuteurs n'ont pas le droit de s'opposer, sinon ils seront « l'hadri » A ce moment là le magistrat demande les raisons.

Si il trouve que ce sont des raisons plausibles, elle peut ne pas connaître cet homme là ; mais si elle veut se marier, à ce moment là et si l'homme est honorable, il n'a pas le droit de s'opposer, personne ne s'opposera à ce mariage.