

XIII. Articles 28 et 30 de la constitution « les citoyens sont égaux devant la loi sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de sexe ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale, les institutions ont pour finalité de supprimer les obstacles qui entravent l'épanouissement de la personne humaine»

XV. Jean Carbonnier, né le 20 avril 1908 à Libourne et mort le 28 octobre 2003 à Paris, est un juriste français, professeur de droit privé et spécialiste de droit civil.

XI. Article 16 de la CEDAW:

Les Etats parties prennent toutes les mesures nécessaires pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurer, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme : a) Le même droit de contracter mariage; b) Le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement; c) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités au cours du mariage et lors de sa dissolution; d) Les mêmes droits et les mêmes responsabilités en tant que parents, quel que soit leur état matrimonial, pour les questions se rapportant à leurs enfants; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale; e) Les mêmes droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espacement des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits; f) Les mêmes droits et responsabilités en matière de tutelle, de curatelle, de garde et d'adoption des enfants, ou d'institutions similaires, lorsque ces concepts existent dans la législation nationale; dans tous les cas, l'intérêt des enfants sera la considération primordiale; g) Les mêmes droits personnels au mari et à la femme, y compris en ce qui concerne les choix du nom de familles d'une profession et d'une occupation; h) Les mêmes droits à chacun des époux en matière de propriété, d'acquisition, de gestion, d'administration, de jouissance et de disposition des biens, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

Les fiançailles et les mariages d'enfants n'auront pas d'effets juridiques et toutes les mesures nécessaires, y compris des dispositions législatives, seront prises afin de fixer un âge minimal pour le mariage et de rendre obligatoire l'inscription du mariage sur un registre officiel.

XII. Association 20 Barakat, (Loi de 1901 JO 802 2003), a pour objet de lancer une campagne médiatique destinée à organiser un vaste mouvement d'information sur le code de la famille ; Communiqué 20 ans Barakat du 01 novembre 2004.

IX. Article 9 de la CEDAW:

Les Etats parties accordent aux femmes des droits égaux à ceux des hommes en ce qui concerne l'acquisition, le changement et la conservation de la nationalité ils garantissent en particulier que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari ce qui concerne la nationalité de leurs enfants.

Les Etats parties accordent à la femme des droits égaux à ceux de l'homme en ce qui concerne la nationalité de leurs enfants.

X. Article 15 de la CEDAW:

Les Etats parties reconnaissent à la femme l'égalité avec l'homme devant la loi.

Les Etats parties reconnaissent à la femme, en matière civile, une capacité juridique identique à celle de l'homme et les mêmes possibilités pour exercer cette capacité. Ils lui reconnaissent en particulier des droits égaux en ce qui concerne la conclusion de contrats et l'administration des biens et leur accordant le même traitement à tous les stades de la procédure judiciaire.

Les Etats parties conviennent que tout contrat et tout autre instrument privé, de quelque type que ce soit, ayant un effet juridique visant à limiter la capacité juridique de la femme, doit être considéré comme nul.

Les Etats parties reconnaissent à l'homme et à la femme les mêmes droits en ce qui concerne la législation relative au droit des personnes à circuler librement et à choisir leur résidence et leur domicile.

le divorce est judiciaire, il est soumis à d'autres conditions prévues par les articles 48 et suivants du code.

VIII. Article 2 de la CEDAW: Les Etats parties condamnent la discrimination à l'égard des femmes sous toutes ses formes, conviennent de poursuivre par tous les moyens appropriés et sans retard une politique tendant à éliminer la discrimination à l'égard des femmes et, à cette fin, s'engagent à :

a) Inscrire dans leur constitution nationale ou toute autre disposition législative appropriée le principe de l'égalité des hommes et des femmes, si ce n'est déjà fait, et à assurer par voie de législation ou par d'autres moyens appropriés, l'application effective dudit principe;

b) Adopter des mesures législatives et d'autres mesures appropriées assorties, y compris des sanctions en cas de besoin, interdisant toute discrimination à l'égard des femmes;

c) Instaurer une protection juridictionnelle des droits des femmes sur un pied d'égalité avec les hommes et garantir, par le truchement des tribunaux nationaux compétents et d'autres institutions publiques, la protection effective des femmes contre tout acte discriminatoire;

d) S'abstenir de tout acte ou pratique discriminatoire à l'égard des femmes et faire en sorte que les autorités publiques et les institutions publiques se conforment à cette obligation;

e) Prendre toutes mesures appropriées pour éliminer la discrimination pratiquée à l'égard des femmes par une personne, une organisation ou une entreprise quelconque;

f) Prendre toutes les mesures appropriées, y compris des dispositions législatives, pour modifier ou abroger toute loi, disposition réglementaire, coutume ou pratique qui constitue une discrimination à l'égard des femmes;

g) Abroger toutes les dispositions pénales qui constituent une discrimination à l'égard des femmes.

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

Article 116 : Le recueil légal est l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal.

NOTES DE FIN DE DOCUMENT

I. Ordonnance n°05-02 du 27-02-2005 modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 09 juin 1984 portant code de la famille.

II. Discours du président du 08 mars 2005 après l'adoption de l'ordonnance

III. Revue de presse Mars 2003 -2004, amendements du code de la famille, centre de documentation, IMED Italie, Bernadette Rigaud.

Le courant islamiste a déclaré sa satisfaction en déclarant « que les amendements ne vont pas à contre-courant de la charia » El-watan 1503 2005.

Le FLN, le RND, le MSP ont voté à l'unanimité le texte. Le Parti des Travailleurs qui milite pour l'abrogation du code de la famille a rejeté l'ordonnance modifiant le code de la famille ;

IV. CEDAW : Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. L'Algérie a ratifié la Convention Internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes de 1979 le 22/01/1996 en émettant des réserves aux articles 2, 9 (paragraphe 2), 15 (paragraphe 4) 16 et 29 (paragraphe 1).

V. Article 132 de la constitution de 1996 : »les traités ratifiés par le président de la république dans les conditions prévues par la constitution sont supérieurs à la loi.

VI. Mohamed Charfi « le droit tunisien de la famille entre l'islam et la modernité », RASJ septembre 1974 volume XI n°3.

VII. Article 51 du code de la famille « Tout homme ayant divorcé son épouse par trois fois successives ne peut la reprendre qu'après qu'elle soit mariée avec quelqu'un d'autre, qu'elle en soit divorcé ou qu'il meurt après avoir cohabité ». Cette disposition concerne le mariage religieux, coutumier qui ne répond qu'à la forme traditionnelle de rupture du lien conjugal, l'époux prononce trois fois la formule, « tu es divorcée ». Dans la pratique, aujourd'hui

au degré le plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant. En prononçant l'ordonnance de dévolution de la garde, le juge doit accorder le droit de visite.

Article 65 : La garde de l'enfant de sexe masculin cesse à dix ans révolus et celle de l'enfant de sexe féminin à l'âge de capacité de mariage.

Le juge prolonge cette période jusqu'à seize ans révolus pour l'enfant de sexe masculin placé sous la garde de sa mère si celle-ci ne s'est pas mariée.

Toutefois, il sera tenu compte, dans le jugement mettant fin à la garde, de l'intérêt de l'enfant.

Article 72 : En cas de divorce, il incombe au père d'assurer, pour l'exercice de la garde, à la bénéficiaire du droit de garde, un logement décent ou à défaut son loyer. La femme ayant la garde est maintenue dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement.

Article 74 : Sous réserve des dispositions des articles 78, 79 et 80 de la présente loi, le mari est tenu de subvenir à l'entretien de son épouse dès la consommation du mariage ou si celle-ci le requiert sur la foi d'une preuve.

Article 79 : En matière d'évaluation de l'entretien, le juge tient compte de la situation des conjoints et des conditions de vie.

Cette évaluation ne peut être remise en cause avant une année après le prononcé du jugement.

Article 80 : L'entretien est dû à compter de la date d'introduction de l'instance.

Il appartient au juge de statuer sur le versement de la pension sur la foi d'une preuve pour une durée n'excédant pas une année avant l'introduction de l'instance.

Article 87 : Le père est tuteur de ses enfants mineurs. A son décès, l'exercice de la tutelle revient à la mère de plein droit. La mère supplée le père dans l'accomplissement des actes à caractère urgent concernant ses enfants, en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci. En cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde des enfants a été confiée.

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

2- Pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage,

3- Pour refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre mois,

4 - Pour condamnation du mari pour une infraction de nature à déshonorer la famille et rendre impossible la vie en commun et la reprise de la vie conjugale,

5- Pour absence de plus d'un an sans excuse valable ou sans pension d'entretien,

6 - Pour violation des dispositions de l'article 8 ci-dessus,

7 - Pour toute faute immorale gravement répréhensible établie,

8 - Pour désaccord persistant entre les époux,

9 - Pour violation des clauses stipulées dans le contrat de mariage,

10 - Pour tout préjudice légalement reconnu.

Article : 54 : L'épouse peut se séparer de son conjoint, sans l'accord de ce dernier, moyennant le versement d'une somme à titre de «khol'â». En cas de désaccord sur la contrepartie, le juge ordonne le versement d'une somme dont le montant ne saurait dépasser la valeur de la dot de parité «sadaq el-mithl» évaluée à la date du jugement.

Article 57 : Les jugements rendus en matière de divorce par répudiation à la demande de l'épouse où par le biais du «khol'â» ne sont pas susceptibles d'appel sauf dans leurs aspects matériels. Les jugements rendus en matière de droit de garde sont susceptibles d'appel.

Article 61 : La femme divorcée ainsi que celle dont le mari est décédé ne doit quitter le domicile conjugal durant sa période de retraite légale qu'en cas de faute immorale dûment établie. La femme divorcée a droit, en outre, à la pension alimentaire durant sa retraite légale.

Article 64 : Le droit de garde est dévolu d'abord à la mère de l'enfant, puis au père, puis à la grand-mère maternelle, puis à la grand-mère paternelle, puis à la tante maternelle, puis à la tante paternelle, puis aux personnes parentes

du dispositif législatif, choisit à l'indépendance par l'Algérie, en avance sur les mœurs, aurait pu perdurer mais les pratiques sociales ont eu raison de ces textes et du travail jurisprudentiel. Le droit évolue, il ne peut être figé, même le droit musulman œuvre humaine doit s'adapter aux changements et la constitution doit réaffirmer et consacrer les droits civils et politiques, sociaux et économiques des femmes.

ARTICLES DU CODE DE LA FAMILLE

Article 46 : L'adoption est interdite par la chariâ et la loi.

Article 48 : Le divorce est la dissolution du mariage, sous réserve des dispositions de l'article 49 ci-dessous. Il intervient par la volonté de l'époux, par consentement mutuel des deux époux ou à la demande de l'épouse dans la limite des cas prévus aux articles 53 et 54 de la présente loi.

Article 51 : « Tout homme ayant divorcé son épouse par trois fois successives ne peut la reprendre qu'après qu'elle soit mariée avec quelqu'un d'autre, qu'elle en soit divorcé ou qu'il meurt après avoir cohabité ». Cette disposition concerne le mariage religieux, coutumier qui ne répond qu'à la forme traditionnelle de rupture du lien conjugal, l'époux prononce trois fois la formule, « tu es divorcée ». Dans la pratique, aujourd'hui le divorce est judiciaire, il est soumis à d'autres conditions prévues par les articles 48 et suivants du code.

Article 52 : Si le juge constate que l'époux a abusivement utilisé de sa faculté de divorce, il accorde à l'épouse des réparations pour le préjudice qu'elle a subi.

Article 53 : Il est permis à l'épouse de demander le divorce pour les causes ci-après:

1- Pour défaut de paiement de la pension alimentaire prononcé par jugement à moins que l'épouse n'ait connu l'indigence de son époux au moment du mariage sous réserve des articles 78, 79 et 80 de la présente loi,

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

la famille était l'élément essentiel pris en considération par les juges. Le jugement de divorce était susceptible d'appel et de cassation ce qui ne l'est plus aujourd'hui. Les décisions du juge étaient motivées en faisant appel aux règles du droit civil notamment en ce qui concerne le maintien dans les lieux lors de l'attribution du logement conjugal à l'épouse pour assurer la garde des enfants après divorce. Une combinaison intelligente des règles du droit civil et du droit musulman ont permis de faire évoluer les règles de ce dernier. L'évolution des rapports sociaux, le passage du modèle de famille élargie à la famille nucléaire, les règles de la protection sociale faisant de l'Etat le protecteur des femmes, de la femme célibataire en se substituant au frère telle que la tradition l'exige a permis une lecture moderniste du droit musulman non codifié. Une interaction qui pouvait amener à plus de justice dans les rapports entre époux et éviter des discriminations. Ce recours au contenu du droit civil ne semblait pas convenir aux représentants de la mouvance traditionaliste qui dès 1963 ont combattu les tenants d'une modernisation du droit musulman voir d'une sécularisation du droit musulman. Le retour à l'orthodoxie musulmane par l'adoption du code de la famille en 1984 dans sa pure tradition a fermé la porte à l'évolution du droit musulman, même les décisions de la cour suprême n'ont pas été porteuse d'une quelconque ouverture. Construit sur la notion de justice, reprenant des coutumes et pratiques exercées il y a des siècles, construit à partir de règles juridiques élaborées par l'école malékite, résultat d'une œuvre humaine, le code de la famille a créé plus d'injustice et d'inégalité dans les rapports homme, femme. Incapacité juridique de la femme à conclure son contrat de mariage, la présence du tuteur matrimoniale est obligatoire, retrait de la garde des enfants à la mère si celle-ci se remarie, pension alimentaire et montant du loyer accordé dérisoires, interdiction de témoigner dans les actes civils.

Malgré les modifications du code de la famille en 2005 soulageant quelque peu les difficultés des femmes et leur reconnaissant tout de même une égalité dans la gestion du ménage et de l'éducation des enfants, il est une question légitime à poser, pour consacrer des droits égalitaires peut-on s'acheminer vers une sécularisation du droit de la famille ? Le travail jurisprudentiel entrepris par les magistrats avant 1984 le laissait présager, le choix de la construction

IV. Conclusion

Malgré les amendements apportés au code de la famille, la femme en cas de divorce reste dans une précarité totale. Il lui est difficile de recouvrer la pension alimentaire, cette dernière n'est pas suffisante pour faire vivre ses enfants. Le faible montant du loyer octroyé ne permet pas la location d'un logement décent. Les problèmes de l'attribution de la garde particulièrement sa déchéance lorsque la mère se remarie crée une situation difficile à vivre par les femmes.

Il est urgent de revoir certaines dispositions du code de la famille qui sont à l'origine de nombreuses discriminations à l'égard des femmes.

Il est à se demander encore une fois pourquoi le législateur a élaboré un code de la famille inégalitaire renfermant des discriminations à l'égard des femmes alors que la constitution et l'ensemble du corpus législatif est égalitaire ? Pourquoi, surtout le corps social est-il aussi acceptant, voire, demandeur de ces inégalités alors que l'Algérie a mené un processus de développement dynamique en y intégrant le souci égalitaire. La constitution affirme expressément le principe de l'égalité de tous. Mais en adoptant le code de la famille en 1984 les pouvoirs publics lui ont donné un rôle constitutionnel puisque c'est au nom de ce texte que les réserves à la CEDAW et à la convention des droits de l'enfant ont été émises ; c'est la première entorse à l'application des conventions.

Depuis 1962 date de l'indépendance jusqu'en 1984 les juges Algériens ont surmonté la difficulté imposée par un vide juridique momentané en appliquant aux litiges familiaux un droit jurisprudentiel qui puisait l'essentiel de ses solutions appliquées au statut familial dans le droit musulman. Les juges ont été conforté dans leur travail par l'article 01 du code civil Algérien promulgué en 1975 disposant que la loi est la source formelle du droit et qu'en absence d'une disposition légale le juge se prononce selon les principes du droit musulman

et à défaut selon la coutume ». Le recours aux règles du droit musulman avant 1984 n'a en rien altéré les droits femmes principalement ceux concernant la capacité juridique, le témoignage ou le droit au divorce. La protection de

g. Incidences du divorce sur les enfants pris en Kafala

Un makfoul (enfant pris en kafala) n'a pas les mêmes droits qu'un enfant légitime. L'adoption étant interdite par la loi, la kafala communément appelée recueil légal a été érigée comme procédé de substitution et de placement dans une famille d'un enfant de parents connus ou inconnus. Ce recueil légal prévu par le code de la famille a été accompagné d'un décret en 1992 permettant au couple ayant pris un enfant en kafala de procéder à la concordance de nom au profit de ce dernier. Cette concordance de nom, c'est-à-dire l'attribution du nom des parents adoptifs, ne fera pas de l'enfant makfoul un enfant légitime, le nasab de la famille d'accueil ne lui sera pas attribué. Il sera toujours considéré comme un enfant naturel. Par contre la loi permet aux parents tuteurs d'exercer la tutelle sur l'enfant, tutelle transférée par le préfet et de bénéficier des allocations familiales.

On serait tenté d'affirmer que puisque la kafala transfère la tutelle au kafil qui s'est engagé à élever l'enfant sans filiation comme son propre enfant ce dernier bénéficierait des mêmes droits qu'un enfant légitime. Il n'en est rien, la cour suprême en a décidé autrement. Dans un arrêt du 10 03 2011 les juges ont tranché en affirmant que les « effets du divorce, la hadana, la pension alimentaire, ne sont pas dues à l'enfant qui vivrait avec l'épouse divorcée du Kafil »¹⁷.

Cette position relève du fait que le transfert de la tutelle par la direction de l'action sociale est fait au nom de l'époux et que lorsqu'il y a dissolution du mariage il n'y a pas le transfert de la tutelle à l'épouse, il faut annuler le jugement de kafala et réattribuer cette dernière à la maman adoptive. De surcroît même si le lien créé par la kafala est artificiel les juges de la cour suprême pourraient étendre les mêmes droits de l'enfant légitime à l'enfant pris en recueil légal.

17 Arrêt de la cour suprême

n'est pas respectée. La mère et les enfants quittent le domicile conjugal avant que la procédure de divorce ne soit entamée. En cours de procédure, certains juges exigent que le père produise un contrat de location d'un logement pour que la mère puisse exercer la garde.

Certes, c'est une bonne chose mais le logement choisi, réduit à une pièce cuisine, n'est jamais du même standing que celui qui a été quitté et souvent éloigné de l'école des enfants. Commence alors le parcours du combattant pour la maman et les enfants.

Il est à noter que ce logement, fut-il celui où est maintenu la femme ou celui qui aura été assuré par octroi ou par le biais d'un loyer, ne servira qu'à l'exercice de la garde par la bénéficiaire.

Sachant que l'exercice de la garde cesse à 10 ans révolus pour l'enfant de sexe masculin, âge pouvant être prolongé jusqu'à 16 ans, et à l'âge de la capacité de mariage pour l'enfant de sexe féminin ; la femme devra évacuer le logement à la cessation de l'exercice du droit de garde, c'est-à-dire à la majorité fixée à 19 ans.

Dès la majorité des enfants, le père poursuit la mère en référé pour récupérer le logement qui lui a servi à l'exercice de la garde. La mère et les enfants se retrouveront à nouveau à la rue. Le législateur a juste différé le temps de l'expulsion. Où est l'intérêt des enfants dans ce cas ?

Le jugement octroyant le montant du loyer pour exercer la garde est subordonné à l'exercice de la garde en Algérie, le père n'est pas tenu d'offrir un logement ou un montant de loyer si la maman est résidente à l'étranger c'est-à-dire hors du territoire Algérien. (Cour suprême du 12/05/2011 dossier 622754).

Le législateur s'accommode bien de la modernité dans ce cas. Il feint d'ignorer que nous sommes dans un pays où les enfants fut-ils majeurs ne s'émancipent pas facilement de la « tutelle » des parents.

L'absence de logement et le chômage ne favorisent pas l'émancipation des enfants qui continuent à vivre chez leurs parents jusqu'à un âge avancé.

f. Le logement profite aux enfants

Le critère retenu pour maintenir la femme dans le logement conjugal est l'intérêt des enfants.

C'est grâce aux enfants que la femme bénéficiera d'un toit.

Si l'ancien texte excluait le logement conjugal unique de la décision du divorce et si le domicile revenait de droit à l'époux, (femme et enfants se retrouvaient sur les trottoirs). Les nouveaux amendements ont tenu à atténuer ce principe en obligeant l'ex époux à assurer à la bénéficiaire du droit de garde un logement décent ou à défaut son loyer pour assurer l'exercice de son droit¹⁴.

Le montant minimum de loyer accordé par les juges varie entre 3.000 DA et 12000 da. Dans les jugements de divorce la formulation utilisée par les juges est « assurer à la défenderesse un logement convenable à l'exercice de la garde, en cas d'impossibilité verser la somme de 10000 da par mois à partir de la prononciation du jugement »¹⁵. La cour suprême dans un arrêt rendu le 16 09 2010 a précisé que « l'octroi d'un logement à la mère pour exercer la garde se transforme sans qu'elle le demande en loyer¹⁶ »

Il est pratiquement impossible de trouver une location aux montants accordés.

Qu'arrivera-t-il aux femmes qui ne travaillent pas si un logement décent ne leur est pas assuré sachant que la somme allouée n'est pas suffisante ? C'est soit la rue qui les attend, soit un centre qui les accueillera selon les disponibilités de place, soit les parents à contre – cœur pour différentes raisons, (logement exigu, enfants mariés vivant avec eux, bouches de plus à nourrir).

La femme ayant la garde est en principe maintenue dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement dispose l'article 72 du code de la famille. En réalité cette disposition

14- Article 72 du code de la famille.

15- Jugement du 16/10/2011

16 - Cour Suprême 16/09/2010

la justice a tenu à préciser « que les textes de lois ne prévoyaient aucunement la déchéance systématique du droit de garde à la mère qui se remarie avec un homme non lié à l'enfant par une parenté », l'intérêt de l'enfant ajoutait-il, « est le seul paramètre pris en compte par les juges pour le maintien ou la déchéance du droit de garde ». Les juges font une stricte application de la loi qui prévoit qu'en cas de remariage la mère perd la garde de ses enfants. Il est vrai que la déchéance n'est pas automatique, il faut que le père intente une action en justice pour récupérer son enfant. Entre 2012 et 2014 la justice s'est prononcée pour le retrait des enfants à des femmes divorcées dans 2692 affaires. La déchéance du droit de garde a été prononcée dans 1455 dossiers et rejetée dans 1237 autres, (le soir d'Algérie, 06 12 2014).

e. Le droit au travail n'est pas un motif de déchéance du droit de garde

Il a été précisé que le travail de la femme ne pouvait pas constituer un motif de déchéance du droit de garde. Mais le législateur semble y mettre une réserve en rajoutant que, « toutefois il sera tenu compte de l'intérêt de l'enfant ». Cela veut-il dire que l'intérêt de l'enfant peut être invoqué par le père pour déchoir la mère de son droit de garde ?

Si cela, devait se réaliser ce serait une atteinte aux principes constitutionnels garantissant la non-discrimination, l'égalité et la liberté. Principes repris par la loi sur le travail qui a tenu à rappeler le principe de non-discrimination et partant, le droit au travail de la femme consacré par les textes Algériens.

Les juges qui ont déjà eu à protéger le droit du travail en rejetant les demandes de divorce au motif que la femme travaille seront encore une fois un rempart pour protéger ce droit et éviter qu'il ne soit invoqué pour déchoir la femme de son droit de garde.

Il est intéressant de signaler la position des juges de la cour suprême qui dans un arrêt rendu le 15 juillet 2010 ont affirmé que même si la mère a commis un adultère il ne lui sera pas retiré la garde de son enfant si l'intérêt de ce dernier le nécessite.

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

demande en cours de procédure en même temps que celle faite pour la garde. Si la demande de tutelle des enfants n'a pas été formulée lors de la procédure de divorce, il est possible de revenir une seconde fois devant le tribunal à la section des affaires familiales pour la demander.

Muni de son jugement de divorce sur lequel figurera le transfert de la tutelle et de la garde, la mère exercera sur l'enfant et sur ses biens son autorité. Elle pourra sortir hors du territoire national avec son enfant sans autorisation du père, elle pourra l'autoriser à faire du sport et entreprendra toutes les démarches administratives en son nom.

Les mentalités n'ont pas encore assimilé ce changement et nous n'en voulons pour preuve que la réaction des pères qui lorsque leur enfant est sorti hors du territoire national se mettent à déposer plainte pour non présentation d'enfant car ils n'ont pas pu exercer leur droit de visite (article 328 Cp). Pour plus de sécurité les femmes demandent quand même au juge de leur accorder une autorisation de sortie pour se prémunir d'éventuelles poursuites. Même les chancelleries, pour un visa à octroyer à l'enfant, exigent une autorisation signée par le père, alors que la loi algérienne attribue la tutelle à la maman et dans ce cas elle est seule habilitée à le faire, la puissance paternelle lui est transférée par le divorce. Les ambassades en transposant leur droit sur le territoire algérien, car leur législation reconnaît l'autorité parentale, diminuent la valeur de notre droit et les acquis arrachés difficilement.

d. Le remariage de la femme divorcée constitue un motif de déchéance du droit de garde .

La titulaire du droit de garde est déchue de ce droit si elle se remarie avec une personne non liée à l'enfant par une parenté de degré prohibé. Si le père de l'enfant découvre que son ex épouse s'est remariée, il s'arrangera à se faire délivrer son acte de mariage qui lui servira de preuve, pour intenter une action en demande de déchéance de la garde et se la faire attribuer. La femme devra alors se séparer de son nouveau conjoint pour récupérer la garde de son enfant. Un plaidoyer est en cours pour abroger cette disposition injuste et discriminatoire. Initié par le mouvement associatif, ce plaidoyer vient d'être repris par les parlementaires. Interrogé par un sénateur, le ministre de

Il aurait été souhaitable d'introduire le partage de l'autorité parentale. L'Algérie en ratifiant la convention des droits de l'enfant en 1992 s'est engagée à respecter son engagement d'aligner sa législation nationale sur les dispositions prévues dans ce texte. Ce texte international a introduit la responsabilité parentale vis-à-vis des enfants. On s'y achemine dans la pratique mais la loi doit suivre pour entériner les pratiques mises en place. On assiste aujourd'hui et sans que la loi ne l'autorise à des situations où la mère sort ses enfants hors du territoire national sans autorisation du père ou du juge, juste sur présentation du livret de famille. Jusque-là les postes frontaliers tolèrent cette pratique, jusqu'à quand ? S'agit-il uniquement d'une décision de la Direction Générale de la Sureté nationale?

Se peut-il que « la suppléance » se soit transformée en partage de l'autorité parentale ? Pour les Algériennes vivant à l'étranger, ces dernières n'ont plus besoin d'autorisation paternelle pour voyager avec leurs enfants mineurs. Les consuls de France l'ont décidé au cours d'une réunion tenue à Alger. Pour les Algériennes vivant en Algérie c'est au cas par cas.

c. Transfert de la tutelle en cas de divorce

Ce qui, par contre est clair et important et a été modifié, alors qu'auparavant c'était le père qui était le seul détenteur de la tutelle légale même en cas de divorce, aujourd'hui le juge, dans cette situation¹³, confie l'exercice de la tutelle au parent à qui la garde des enfants est confiée.

Encore une fois la rédaction de cette disposition laisse supposer que le père peut prétendre à la garde des enfants au même titre que la femme. Aucune préférence n'est mentionnée entre le père et la mère. Tous les deux peuvent y prétendre. Mais si l'on se réfère à la lecture de l'article 64 concernant l'attribution de la garde, celle-ci est d'abord dévolue à la mère, puis au père.

Les jugements de divorce rendus depuis l'application des amendements du code de la famille transfèrent l'exercice de la tutelle à la mère gardienne. Cette tutelle transférée permet à la mère de l'exercer sans droit de regard du père. La tutelle n'est pas attribuée de plein droit, la mère doit en faire la

13 . Article 87 al 3 du code de la famille.

b. La tutelle sur la personne de l'enfant

Le principe de l'exercice de la tutelle sur les enfants n'a pas changé¹¹.

Le père est tuteur de ses enfants mineurs, à son décès, celle-ci revient à la mère de plein droit. Le fait que la mère récupère de plein droit la tutelle de ses enfants au décès de son mari est une entorse faite au droit musulman qui confie la tutelle à l'oncle paternel. Ce qui veut dire que lorsque l'intérêt de l'enfant est mis en avant il est possible d'apporter des modifications au code et de réajuster dans le sens de la justice les principes et règles juridiques du droit musulman organisant la famille, source du code de la famille. Il faut entendre par tutelle la puissance paternelle dévolue et exercée par le père sur ces enfants. Le code de la famille a préféré utilisé l'expression tutelle alors que le code pénal fait référence à la puissance paternelle.

La mère supplée le père: Une nouveauté¹² a tout de même été introduite par les amendements, un petit pas timide : la mère supplée le père dans l'accomplissement des actes à caractère urgent concernant ses enfants, en cas d'absence ou d'empêchement de celui-ci. C'est une réponse aux doléances des femmes qui ont souvent soulevé cette question d'impossibilité de gérer la vie de leur enfant pour accomplir des actes le concernant quand le père est défaillant, occupé ou absent. Les actes que pourrait accomplir la mère pour son enfant c'est de lui Ouvrir un carnet d'épargne et pouvoir y retirer de l'argent, l'autoriser à faire du sport, à recevoir des soins, autant d'actes qu'une mère peut accomplir sans l'autorisation du père.

Une question s'impose, même si un effort a été fait par le législateur ; Comment apprécier l'absence et l'empêchement du père? Qui est susceptible de le faire ? Le juge ou le préposé de l'administration? Faut-il aller devant le juge pour faire constater ces deux situations ? Il semble que c'est bien le cas.

11- Article 87 du code de la famille.

12- Article 87 al 1 du code de la famille.

vient en deuxième position après la mère des enfants. Ceci est très important car contrairement au code de la famille de 1984, le père qui prétendra à la garde, devra assumer une responsabilité effective à l'égard de ses enfants. Il en était implicitement déchargé à cause du sixième rang qu'il occupait.

C'est ainsi que le droit de garde est d'abord dévolu à la mère de l'enfant, puis au père, puis à la grand-mère maternelle, puis à la grand-mère paternelle, puis à la tante maternelle, puis à la tante paternelle et ensuite aux personnes parentes au degré le plus rapproché, au mieux de l'intérêt de l'enfant.

Si l'un des époux bénéficie du droit de garde, le juge doit accorder à l'autre partie un droit de visite. Bien que les juges préfèrent attribuer la garde des enfants à la mère, (en droit musulman la garde de l'enfant ou la hadana est un droit de la mère) il semble qu'elle ne sera plus attribuée automatiquement s'il y a contestation, du fait que le père peut y prétendre également. La rédaction de l'article laisse supposer cette hypothèse. Mais la cour suprême a dans un arrêt n°613469 du 10 0 2011 affirmé « que l'intérêt de l'enfant est pris en compte lors de l'attribution de la garde et qu'il n'est pas subordonné au classement prévu par l'article 64 du code de la famille ». Les juges de la cour suprême ajoute « que l'appréciation de l'intérêt de l'enfant relève du pouvoir discrétionnaire du juge du fond ». Le législateur algérien précise les âges auxquels la garde va cesser lorsque c'est la mère qui en est attributaire, à 10 ans pour le garçon avec une possibilité de prolonger la période de garde jusqu'à 16 ans et pour la fille

jusqu'à l'âge de la capacité de mariage (19 ans) si bien entendu la mère ne s'est pas remariée.¹⁰ La cour suprême dans un arrêt rendu le 10 02 2011 affaire 599850 a rappelé un principe relatif à la garde, cette dernière ne cesse que par un jugement, les juges affirment « que la gardienne n'est pas obligée de demander par jugement le prolongement de la garde d'un enfant masculin âgé de plus 10 ans, elle a la qualité ajoutent-ils pour demander les droits de l'enfant qu'elle garde » (revue de la cour suprême page 281, 2012)

10- Article 65 du code de la famille.

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

salaire ou de la rémunération de la partie saisie, art. 778 du code de procédure pénale. L'ordonnance de saisie rendue par le président du tribunal est signifiée à la personne intuitu personé (au saisi) ou à son domicile réel entre les mains des membres majeurs qui habitent avec lui ou à son domicile élu, ou à l'employeur. Bien que l'article 778 du code de procédure civile prévoit la saisine du centre de paiement du salaire ou de la rémunération de la partie saisie, il n'est pas précisé que la saisine sur salaire est automatique. Il fut un temps où elle l'était mais depuis quelques années il est exigé de la femme la production d'une ordonnance du juge pour pouvoir procéder au prélèvement des sommes dues.

f. Abandon de famille

Le code pénal en son article 331 (loi du 20 novembre 2006) prévoit un emprisonnement de 6 mois à trois ans de prison pour toute personne qui, au mépris d'une décision de justice rendue contre elle ou en méconnaissance d'une ordonnance ou d'un jugement ayant condamné à verser une pension alimentaire à son conjoint, à ses descendants, est volontairement demeurée plus de deux mois sans fournir la totalité des subsides déterminés par le juge ni de s'acquitter du montant intégral de la pension. Le défaut de paiement est présumé volontaire, sauf preuve contraire. Le même article précise que « L'insolvabilité qui résulte de l'inconduite habituelle, de la paresse ou de l'ivrognerie, n'est en aucun cas un motif d'excuse valable pour le débiteur ».

B. Incidence sur les enfants

a. Le droit de garde, consiste en l'entretien, la scolarisation et l'éducation de l'enfant dans la religion de son père ainsi qu'en la sauvegarde de sa santé physique et morale. Le titulaire de ce droit doit être apte à en assurer la charge.

Dans le texte de 1984 portant code de la famille la lignée maternelle était privilégiée. Aujourd'hui elle est remise en cause car un ordre successif et alternatif entre les deux lignées des bénéficiaires du droit de garde a été introduit⁹ par les nouveaux amendements de 2005. Ce nouvel ordre a remplacé la lignée maternelle auparavant unique titulaire de ce droit. Désormais Le père

9. Article 64 code de la famille.

alimentaire ». Cette loi conclut-il « intervient pour éviter à la femme divorcée et aux enfants sous sa garde, le spectre de la faim et toutes les difficultés rencontrées en matière de recouvrement de la pension alimentaire » (Agence Presse Service - journal Liberté du 11/11/2014). Lors des débats, des députés hommes se sont élevés contre le projet « qu'ils qualifient de leurre car l'existence d'un tel fond selon eux va encourager les divorces à blanc ». Journal El-Watan du 11 novembre 2014).

Reporters, journal en ligne du 11 11 20, titre « le FFS, (front des forces socialistes) et les islamistes s'opposent au projet de loi » en effet une députée du FFS a critiqué les insuffisances de ce projet, pour elle, « il faut créer un fond pour toute les membres des familles en difficulté ----comme cela se fait ailleurs » il y a des pères divorcés au chômage dont la situation sociale délicate ne leur permet pas de payer cette pension et il est injuste de condamner ces pères en situation vulnérable » elle a soulevé l'inutilité de ce débat alors que les articles relatifs à la création de ce fond ont déjà été adoptés dans la dernière loi de finance ». Il est vrai que la dotation de ce fond a été prévue dans la loi de finance 2014 avant même que le projet de loi ne se discute au parlement. Pour le courant islamiste deux députés de l'AAV et FJD (front de justice et de développement accusent le président de la république de proposer cette loi par opportunisme à des fins électoralistes, ajoutant que « cette loi encourage la rébellion des femmes contre leurs maris, la comparant à la mesure prise il y a quelques années concernant le tuteur dans le mariage dit-il qui n'est plus obligatoire dans le code de la famille ». En attendant l'adoption de ce projet de loi heureusement qu'il existe dans la législation algérienne d'autres procédés de recouvrement de la créance alimentaire.

e. Saisie sur salaire

Si l'ex époux est salarié, et qu'il ne verse pas la pension alimentaire, une saisie sur salaire est possible auprès de son employeur.

Les salaires, les revenus et les rémunérations sont saisis en vertu d'une ordonnance sur requête. La demande de saisie est présentée, selon le cas, par l'épouse ou le tuteur ou le titulaire du droit de garde au président du tribunal dans le ressort duquel est domicilié le tiers saisi ou du centre de paiement du

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

d'un an à deux ans. Beaucoup de pères en situation d'insolvabilité préfèrent être condamnés au plan pénal pour ne plus avoir à verser de pension alimentaire. Les mamans se retrouvent devant la difficulté de recouvrer la pension des enfants.

La pension devient une dette civile à réclamer devant les juridictions civiles. S'ouvrira alors une longue procédure judiciaire difficile à suivre par les mamans sans ressources.

Le montant de la pension alimentaire est calculé selon l'indice du cout de la vie et des revenus de l'époux. Elle ne peut être réévaluée qu'une année après le prononcé du jugement de divorce.⁸

Souvent les pensions alimentaires dues à la femme et à l'enfant ne sont pas payées par l'ex époux ou père, par négligence, par refus ou pour insolvabilité, c'est pourquoi un projet de création d'un fond de la pension alimentaire a été élaboré par le gouvernement, son objectif est de protéger les droits fondamentaux de l'enfant en cas de divorce des parents. Son champ d'application recouvre les redevances financières dont vont bénéficier les enfants sous la garde, à qui une pension alimentaire a été octroyée par ordonnance ou jugement. Cette pension est perçue par la femme qui exerce le droit de garde au sens du code de la famille, en l'occurrence la mère, la grand-mère, la tante maternelle, la tante paternelle ainsi que les proches par alliance. Le projet ajoute que la femme divorcée au profit de laquelle un jugement octroyant une pension alimentaire a été rendu bénéficiera des redevances du fond de la pension alimentaire. Le projet de loi est en discussion au parlement. Le ministre qui présentait ce projet de loi à la session plénière de l'assemblée populaire nationale a indiqué « que la femme divorcée était souvent confrontée au problème de recouvrement de la pension alimentaire, il a ajouté que « les mécanismes juridiques en vigueur comme les poursuites pénales n'ont pas pu mettre fin aux souffrances de cette catégorie de femmes». Le ministre a rappelé que seulement 2498 jugements civils des 22 189 prononcés dans des affaires liées à la pension alimentaire en 2013 ont été appliqués ajoutant que 6420 jugements pénaux ont été prononcés pour non-paiement de la pension

8- Article 79 code de la famille

La procédure de divorce ne dépasse pas les cinq mois.

b. La Idda⁵ : est la retraite légale d'une durée de quatre mois que la femme doit observer en cas de divorce.

Celle-ci est accompagnée d'un versement d'une pension alimentaire que le juge évalue globalement, elle varie entre 30.000 DA et 60.000 DA selon les tribunaux et cour d'appel. Lorsque le divorce est obtenu par khol'â, les juges tout en fixant le montant de la compensation financière que doit payer la femme à son mari s'arrangent à donner le même montant pour la idda pour que les deux montants s'annulent, ni l'un, ni l'autre des époux n'aura à payer ce pourquoi il a été condamné.

c. Les dommages et intérêts

En cas de prononciation de divorce par volonté unilatérale, divorce considéré comme abusif⁶, le juge attribuera une réparation à la femme. Les dommages et intérêts alloués ne dépasseront pas les 150.000 DA. Dans ce genre de séparation la femme aura à peu près

260.000 DA auxquels vont se rajouter les montants de la pension alimentaire selon le nombre d'enfants.

d. La pension alimentaire due aux enfants

La pension alimentaire⁷ est un droit des enfants, elle est due aux enfants males jusqu'à leur majorité, et pour les filles jusqu'à la consommation de leur mariage. Néanmoins en réalité dès que la fille atteint la majorité le père cesse de lui verser la pension.

Le montant moyen accordé par les juges est de 5000 da par enfant. Si certaines femmes perçoivent facilement la pension allouée, d'autres ont du mal à la recouvrer. Dans ce deuxième cas, la maman déposera plainte au pénal pour non-paiement de la pension alimentaire. Soit l'ex époux s'exécute et tout rentre dans l'ordre, soit il sera condamné à une peine privative de liberté

5- Article 61 du code de la famille

6- Article 52 du code de la famille

7- Article 74 code de la famille

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

Les jugements rendus en matière de divorce par répudiation, à la demande de l'épouse ou par le biais du Khol'â ne sont pas susceptibles d'appel. Ils ne le sont que dans deux cas, dans leurs aspects matériels ou en matière de droit de garde.

III. Les effets du divorce

Tout en maintenant les anciennes dispositions discriminatoires relatives à la pension alimentaire à l'égard de l'épouse et des enfants, le législateur a introduit dans le code de la famille modifié en 2005 des changements a propos de l'attribution du droit de garde et de l'attribution du logement.

A. Incidence sur la femme

Les droits alloués à l'ex épouse sont la Pension d'abandon, la « Idda », connue comme étant la retraite légale et les dommages et intérêts en cas de divorce par volonté unilatérale considéré comme abusif.

a. La pension d'abandon ou pension alimentaire n'est due à la femme qu'à compter de l'introduction de l'instance et ce jusqu'au prononcé du jugement⁴.

Elle représentera, le temps de la séparation des époux en attente du prononcé du divorce. Même si cette durée est de cinq, six ans ou plus de séparation, le législateur précise que le juge statuant sur le versement de la pension devra le faire sur la foi d'une preuve pour une durée n'excédant pas une année avant l'introduction de l'instance. Si la demande de divorce est introduite après trente ans de vie conjugale, le montant de la pension alimentaire se calculera uniquement sur la base d'une année de vie, c'est-à-dire la dernière qui aura précédé la séparation du couple sur présentation de preuves.

Il est à remarquer dans les dispositifs des jugements que le versement de la pension alimentaire dénommée par les juges, pension d'abandon, évaluée entre 3.500 DA et 5.000 DA par mois, court à partir de l'introduction de l'instance et ce jusqu'au prononcé du jugement.

4- Article 80 du code de la famille.

c. Procédure et mesures provisoires en cours de procédure

De nouvelles dispositions ont précisé la procédure. Il a été rappelé que le divorce ne peut être établi que par jugement, précédé de plusieurs tentatives de conciliation effectuées par le juge. La période de conciliation ne doit pas dépasser les trois mois à compter de l'introduction de l'instance.

A l'issue des conciliations, le juge doit établir un procès-verbal dûment signé par lui, le greffier et les parties, dans lequel sont consignés les actes et les résultats des tentatives de conciliation. Ces tentatives de conciliation sont obligatoires. Elles reposent sur deux instruments : des entretiens personnels du juge avec les époux dans son bureau et hors la présence de leurs avocats et l'imposition de délais de réflexion qui ne saurait dépasser les trois mois.

Durant l'instance, bien que le lien conjugal subsiste en droit, il y a déjà comme le dit monsieur Carbonnier^{XV} un état de demi rupture, et comme une anticipation du divorce. Se situant dans cette mouvance le législateur algérien, en tenant compte de la pratique et du vide juridique, a introduit la possibilité pour le juge de statuer en référé par ordonnance à pied de requête sur toutes les mesures provisoires, notamment celles relatives à la pension alimentaire, au droit de garde, au droit de visite, au logement.

Il est à signaler que l'audience des référés est tenue par le président du tribunal. C'est donc à lui que revient la compétence pour ordonner ces mesures provisoires. Vu la mission du juge des référés, il s'agirait naturellement de mesures d'urgence qu'il prendrait en cas de divorce présentant un danger, d'ordre physique ou pécuniaire auquel l'époux requérant se trouve exposé.

Au danger physique, le juge va parer en autorisant cet époux à résider séparément de l'autre, avec éventuellement les enfants mineurs.

Le juge du fond, appelé communément juge des affaires familiales ne semble pas avoir cette prérogative. Le texte est silencieux à ce sujet. Mais du fait que la loi précise la possibilité pour le juge des référés d'ordonner des mesures provisoires qui ne peuvent revêtir que le caractère d'urgence sous peine de rejet pour incompétence, il n'est pas exclu que le juge du fond puisse le faire également soit à l'issue de la tentative de conciliation soit en cours d'instance pour les mêmes mesures considérées alors comme ordinaires.

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

Khol'â : divorce moyennant compensation financière

2007	2008	2009	2010	2011
2.466	3.197	4.465	5.629	7.559

Source : ministère de la justice

Divorce à l'amiable : Cette forme connaît également une nette progression

2007	2008	2009	2010	2011
11.203	14072	12.994	14.418	16.826

Source : ministère de la justice

b. Effets de la répudiation et du Khol'â

Réputé abusif, le jugement de divorce obtenu à la suite de la répudiation condamnera l'époux à verser des dommages et intérêts. Dans le cas du Khol'â, l'épouse versera une somme à titre de khol'â, compensation attribuée à titre de consolation à l'époux, équivalente dit le législateur au montant de la dot versée. Certains diront que c'est « un rachat de liberté par l'épouse », nous pensons que c'est une demande de divorce faite par l'épouse au même titre que le fait l'homme en cas de répudiation. Les époux dans ces deux cas n'apportent pas de preuves, ils décident tout simplement de rompre le lien conjugal sans motifs. Le législateur estime que cela cause un dommage moral à la partie qui le subit, une réparation est allouée à l'une ou à l'autre des parties. La cour suprême a confirmé le fait « que le khol'â droit de la femme est le corollaire de la puissance maritale de l'époux » cour suprême du 15/09/2011 affaire numéro 656259.

Quelque soit la forme du divorce, La rupture du lien conjugal va produire des effets sur l'épouse divorcée, sur le ou les enfants issus du mariage dissous. Mais avant, examinons la procédure.

divorce par volonté unilatérale soit « la répudiation ». Un chiffre qui connaît une forte progression. Il aurait été intéressant de connaître les chiffres en progression depuis 1984 date d'adoption du code de la famille et de la légalisation de cette forme de rupture du lien conjugal qui n'existait pas dans le droit algérien de 1962 à 1984.

Il faut rajouter à cela qu'il n'est pas possible de faire appel de la décision du divorce devenant définitive en première instance. Elle n'est susceptible d'appel que dans ses effets. A ce titre le législateur dans son écriture des dispositions de la loi, utilise des concepts à la fois soft et traditionnels. Dans l'article 48 du code de la famille il est bien précisé que le divorce intervient par la volonté unilatérale de l'époux.

En arabe la volonté de l'époux a été traduite littéralement en (iradat el-zaouj). Implicitement cette forme équivaut à la forme traditionnelle de la rupture du lien conjugal, le divorce par répudiation, (Talak). Il est surprenant de voir le législateur, en 2005 lors des modifications du code de la famille, réintroduire le terme « divorce par répudiation » dans l'article 57, traduit en arabe par Talak alors que l'article 48 parle de « volonté unilatérale ».

Il aurait mieux valu que le législateur s'en tienne à l'expression Talak (divorce) d'autant que les jugements qui contiennent le terme divorce par volonté unilatérale correspondant à la répudiation en français ne sont pas susceptibles d'exécuter en France selon un arrêt de la cour de cassation car ils sont considérés contraire à l'ordre public et à l'égalité entre homme et femme.

Divorce par volonté unilatérale : Répudiation

2007	2008	2009	2010	2011
17.733	18.794	20.134	24.663	25.290

Source ministère de la justice³

3. Article de Salima Tlemcani « Les liens du mariage de plus en plus éphémères » le quotidien El-Watan du 9 mars 2013.

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

musulman reprise d'un verset du coran (sourate 2-229) qui permet à l'épouse d'offrir une compensation matérielle en échange de sa liberté » in Coran traduit et commenté par Hamidullah. Ceci est considéré par l'école malékite comme un droit de la femme, de se séparer de son mari moyennant compensation.

Le code a repris cette règle affinée par la Cour Suprême. Cette dernière est venue mettre fin à un abus d'interprétation de la règle par les juges qui exigeaient l'accord de l'époux. Les juges de la Cour Suprême ont affirmé, que la demande de Khol'â n'était plus subordonnée à l'acceptation de l'époux. La cour suprême, par cette décision, a reconnu que cette institution était bien un droit de la femme. Le khôl est un procédé permettant à la femme de demander le divorce en payant une contrepartie financière à l'époux, il a donc été renforcé et explicité en 2005 par le législateur qui a rajouté dans l'article 54 du code de la famille l'expression « sans l'accord du mari ».

Le législateur précise que l'épouse peut se séparer de son conjoint sans l'accord de ce dernier, moyennant le versement d'une somme à titre de Khol'â. En cas de désaccord sur la compensation financière, le juge ordonne le versement d'une somme dont le montant ne saurait dépasser la valeur de la dot de parité.

Il n'est pas superflu de répéter qu'en droit musulman la répudiation est un droit qui appartient à l'époux de rompre le lien conjugal sans motifs. Le corollaire de ce droit est le khol'â qui est le droit de la femme à demander la rupture du lien conjugal sans l'accord de l'époux. C'est pourquoi il aurait été plus judicieux au législateur de modifier les dispositions de l'article 48 relatives au divorce en introduisant la combinaison des deux droits des époux en affirmant que le divorce peut être demandé par l'une ou l'autre partie sans motifs justifiés moyennant réparation à la partie lésée par cette demande.

Etant dans la difficulté de demander le divorce dans les 10 cas prévus par l'article 53, assujettis à une preuve, les épouses ont de plus en plus recours à cette forme de rupture du lien conjugal plus facile à obtenir pour une raison simple qui est celle de ne pas produire de preuves des arguments allégués.

a. Le Nombre de divorce par volonté unilatérale et par KHOL'Â

De 2007 à 2011 les tribunaux ont enregistré 106.614 cas de demande de

les cas posés par l'article 53 étaient restrictifs et aggravés par la difficulté de rapporter le manquement invoqué et comme le précise le professeur Mohamed Salah BeyXIV² « c'est à dessein que le prononcé du divorce dépend parfois d'un autre jugement (jugement de paiement de la pension alimentaire ou condamnation pénale) et parfois, il est subordonné à une faute immorale préalablement établie ». La cour suprême semble dans certains cas se passer de la production du jugement pénal, dans un arrêt rendu le 15 juillet 2010 les juges de cette instance ont décidé que dans une affaire de divorce demandée par la femme suivant l'article 53 dernier alinéa qu'il n'était pas nécessaire de prouver les coups et blessures par la production d'un jugement pénal.

Le rajout de ces deux cas de demande de divorce facilitera la démarche de l'épouse si un contrat de mariage a été préalablement établi. Généralement les époux refusent d'établir un contrat de mariage, interrogés sur ce refus lors d'une émission de radio des auditeurs ont répondu que cela altérerait la confiance qu'ils ont l'un envers l'autre. Par ailleurs, il est reconnu à l'épouse qui demande le divorce en se basant sur les causes prévues à l'article 53, la possibilité d'obtenir réparation pour le préjudice qu'elle aura subi, du fait d'abandon, du défaut de paiement de la pension alimentaire prononcé par jugement, pour refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre mois, pour absence du mari de plus d'un an. Dans l'impossibilité de rapporter la preuve de l'inconduite de l'époux ou du refus de partager la couche l'épouse n'a plus comme alternative que de solliciter le divorce par KHOL'Â.

B. LE KHOL'Â

Il existe une autre forme de divorce dénommée « Khol'â » qui est le corollaire du divorce par volonté unilatérale du mari (répudiation). L'épouse peut se séparer de son mari, sans l'accord de ce dernier moyennant le versement d'une somme à titre de « Khol'â ». Il est intéressant de noter que le corollaire de la répudiation est le khol'â, c'est à dire que l'épouse a aussi le droit de divorcer (de répudier) son mari, possibilité accordé par le droit

2-Mohamed Chérif Salah Bey, Algérie, Législation comparée, Juris-Classeur 1993

II. La dissolution du mariage en Algérie va prendre plusieurs formes.

A. Le Divorce : Talak ou répudiation et le Tatlik

a. Le Talak :

Le mot arabe Talak est traduit en français par le terme répudiation. Mais dans le droit musulman il s'agit du divorce. Le législateur algérien dans l'article 48 du code de la famille a prévu cette forme de dissolution du mariage qui intervient par la volonté unilatérale de l'époux. Deux autres formes de rupture du lien conjugal sont offertes aux époux, le divorce par consentement mutuel résultant d'un accord entre les conjoints, ou alors le divorce demandé par l'épouse dans la limite des cas prévus aux articles 53 et 53 bis du code de la famille, c'est ce que l'on appelle en arabe le tatlik.

b. Le Tatlik :

L'article 53 du code de la famille fixe les dix cas de demande de divorce accordé à l'épouse. Cette forme de divorce est appelé en arabe le Tatlik.

Il est généralement difficile aux femmes d'atteindre leur but (la séparation) dans cette forme de divorce car il faut qu'elles apportent la preuve du cas invoqué¹. Elles n'ont été que 8% à avoir obtenu le divorce dans l'un des cas prévus à l'article 53. En cinq années elles ont été 16.991 femmes à avoir obtenu le divorce suivant l'un des 10 cas alors que pour la même période il y a eu 106.604 répudiations, divorce obtenu sans motifs ni justifications à donner au juge. Outre les causes de divorce déjà prévu par l'article 53 du code, des nouveaux cas de divorce ont été introduits en 2005 lors de l'amendement du code de la famille, il s'agit de « tout désaccord persistant entre les époux et de la violation des clauses stipulées dans le contrat de mariage notamment celles qui concernent la protection du droit au travail et l'interdiction de la polygamie ».

L'épouse pourra se défaire de la relation conjugale en invoquant l'un ou l'autre de ces motifs. Ces deux nouveaux cas ont été rajoutés aux cas déjà prévus pour faciliter à l'épouse sa démarche. Il a toujours été considéré que

1- Article 53 du code de la famille.

NOMBRE DE MARIAGE EN ALGERIE DE 1990 A 2012

1990	2000	2007	2008	2009	2010	2011	2012
149.345	177.548	325.485	331.819	341.321	344.819	369.031	371.280

ONS : Source statistique Etat civil

Les chiffres des mariages des trois années ci-dessous, que nous extrayons du tableau précédent, nous montrent qu'en 20 ans le nombre de mariages a plus que doublé.

1990	2000	2010
149.345	177.548	344.819

ONS : Source statistique Etat civil

Qu'en est-il du divorce ?

Le nombre de divorce est en augmentation entre 2007 et 2011

2007	2008	2009	2010	2011
34.123	39.383	41.549	49.885	55.490

Source : ministère de la justice

En cinq ans le nombre de divorce a dépassé les 61,4%. Les raisons de la séparation sont multiples. Elles varient selon les cas, cela va de l'incompatibilité d'humeur entre les époux, de la mésentente avec les beaux-parents, de l'alcoolisme de l'époux, de la violence à l'égard de l'épouse au défaut d'entretien et bien d'autres.

La dissolution du mariage en Algérie va prendre plusieurs formes.

Il faut rappeler que le divorce est judiciaire, il est établi par jugement définitif rendu en premier et dernier ressort par le tribunal. Le jugement de divorce n'est pas susceptible d'appel sauf dans ses aspects matériels.

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

liberté est mise sous tutelle ? Encore mieux, le code de la famille a un impact direct sur la promulgation des nouvelles lois ou même des modifications des lois. Nous n'en voulons pour preuve que l'exemple de deux textes où l'égalité de droits entre hommes et femmes a été touchée, le code de la protection sociale qui établit une discrimination entre les veuves et les veufs, si la veuve se remarie elle perd la pension de réversion qui est versée aux enfants alors que le veuf la garde sachant que le code de la famille a supprimé la notion de chef de famille, ainsi que le code pénal qui a défini le 16 février 2014 et criminalisé dans son article 295 bis la discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique, ou le handicap, qui a pour but ou pour effet d'entraver ou de compromettre la reconnaissance, la jouissance ou l'exercice, dans des conditions d'égalité, des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les domaines politique, économique, social et culturel ou tout autre domaine de la vie publique.

On remarquera que le législateur dans cette disposition du code pénal a omis volontairement la protection des droits civils, si pour les hommes l'impact de cet oubli n'affectera en rien leurs droits déjà établis, pour les femmes, ces dernières ne pourront pas poursuivre une institution telle que la mairie par exemple pour refus de témoigner car aujourd'hui il est interdit aux femmes et depuis 1984 de témoigner dans les actes civils. Le code de la famille renferme l'ensemble des droits civils des hommes et des femmes. L'ensemble des discriminations sont contenus dans ce texte.

Nous allons traiter des effets du divorce et de son impact sur la situation économique de la femme et sur la situation des enfants. Pour ce faire, il nous semble important de situer cette question dans un cadre plus large en se rapportant à certaines statistiques concernant le mariage.

Le nombre de mariages, entre 1990 et 2012 en Algérie, augmente sensiblement comme le montre le tableau suivant:

en 1997 avec des réserves énoncées sur les articles 02VIII , 09IX, 15X et 16XI au nom du code de la famille. Certes, la réserve sur l'article 9 portant sur l'attribution de la nationalité par la mère a été levée, certes, l'Algérie a invoqué la prochaine levée sur l'article 15 de la dite convention mais il n'en demeure pas moins que la réserve sur l'article 2 est maintenue sachant que celui-ci porte sur l'objet de la convention, c'est à dire la discrimination. Ce maintien est contraire au traité de Vienne auquel l'Algérie est partie, interdisant à tout Etat d'émettre des réserves sur l'Objet d'une convention. Il reste l'article 16 qui lui porte sur l'égalité des hommes et des femmes dans la famille, il est utilisé pour amoindrir les droits civils des femmes, sinon les en dépossédés.

Le mouvement féminin a été piégé par la démarche des pouvoirs publics et enfermé dans un débat sans issu avec les islamistes. Il a été déçu des timides modifications votées par l'Assemblée, modifications que certaines associations ont rejetées en maintenant leur revendication de toujours, l'abrogation du code de la famille. Ces associations ont créés un collectif dénommé 20 ans BarakatXII, afin que le code n'atteigne pas ses 20 ans en 2004. Elles ont tenté de relever le défi mais leur campagne lancée simultanément en France et en Algérie n'a pas ébranlée les consciences des décideurs ni empêcher les amendements d'être proposés par ordonnance.

Le principe constitutionnelXIII d'égalité n'a pas été retenu comme critère sur lequel peuvent se construire les relations entre les membres de la famille. Le législateur a préféré les notions de justice et d'équilibre à introduire dans les rapports entre époux. La tutelle matrimoniale, la polygamie et la répudiation qui sont une atteinte à la dignité de la femme sont maintenues dans ce nouveau texte. Sans pour autant rejeter le tout, le principe d'égalité a été la source pour certaines dispositions concernant les relations entre époux et la garde des enfants et l'octroi du logement. Comment dans ce contexte la femme algérienne peut-elle être une actrice de développement quand sa

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

Dorénavant l'épouse n'est plus dans un rapport de subordination vis-à-vis de son époux dans la relation conjugale.

Les principes d'égalité, la primauté du droit positif, les conventions internationales ratifiées par l'Algérie notamment la CEDAWIV, le respect de la hiérarchie des normesV inscrit dans la constitution n'ont pas eu assez d'impact sur le travail entrepris par les rédacteurs. Ces derniers n'ont pas osé écarter les vieilles règles établies par les Docteurs de la religion musulmane classiqueVI tels que le tuteur matrimonial, la polygamie, le remariage et le divorce de la femme avec un autre homme avant de se remarier avec son premier époux et bien d'autres de cas, le code en regorgeVII).

L'ordonnance telle qu'adoptée a conforté le courant islamo-conservateur qui ne rêve que d'un retour à la pure tradition. Pour ce courant, la modernité est synonyme d'occidentalisation. La liberté de la femme est comprise comme une voie menant à sa dépravation. Le Coran, alors qu'il s'agit du droit musulman œuvre juridique humaine, est brandi pour couper court à tout débat et pour justifier une appartenance à la communauté que l'on ne doit ni quitter ni heurter. C'est la communauté de musulmans que l'on doit préserver, c'est l'honneur de la communauté qui est en jeu, la femme doit le sauvegarder.

D'ailleurs les oulémas algériens se sont toujours prononcés contre la suppression du tuteur matrimonial. Ce tuteur doit protéger et contrôler le corps de sa fille sur lequel aucune souillure ne vient l'atteindre et qui puisse déstabiliser la famille, la tribu ou la communauté toute entière. Il faut rappeler qu'au moment de l'adoption du code de la famille en Juin 1984, le représentant du gouvernement au parlement avait déclaré « que les droits des femmes sont contenus dans le Coran et la Sunna ».

Le principe de la hiérarchie des normes consacré par la loi fondamentale est ignoré sinon diminué par la transposition pure et simple du droit musulman en ce qui concerne le statut de la femme. La convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes a été ratifiée par l'Algérie

Toute cette agitation politique des islamo-conservateurs autour d'une possible suppression de la tutelle matrimoniale et de la polygamie (pilier du droit musulman) exprimait la peur de ces derniers de voir les modifications apportées au code endosser le principe d'égalité au détriment de la référence religieuse. Une montée au créneau qui ne se justifiait pas, car les rédacteurs de l'exposé des motifs du projet de loi ont tenu à rappeler « que le droit musulman porteur de justice et d'égalité est la principale source du code de la famille, droit qui se caractérise par sa capacité d'adaptation aux mutations historiques, sociales, culturelles, et économiques en laissant la porte ouverte à l'ijtihad ». Le nouveau texte, c'est-à-dire l'ordonnance portant amendement du code de la famille, s'est contenté de reprendre la faible production intellectuelle et juridique de la Cour Suprême en matière de décisions concernant les litiges nés de l'interprétation de certains principes de droit musulman, tel que le khol'â. Ce procédé est la répudiation effectuée par la femme pour laquelle les juges du premier degré exigeaient l'accord du mari.

La cour suprême a rappelé que le khol'â est un droit de la femme qui ne nécessitait pas l'accord du mari. Il n'y a pas eu de grands bouleversements dans le contenu du code, il n'y a pas eu de refondation du texte mais il y a eu tout de même quelques modifications qui ne sont pas à négliger.

La coutume, la tradition et le droit musulman ont été les références utilisées par les rédacteurs du texte. Les quelques techniques juridiques modernes auxquelles se réfère le texte concernent la procédure de conciliation précédant le divorce et l'inscription du mariage dans les registres d'état civil ; l'acte de mariage constitue la preuve de l'union. Il a été introduit dans le code de la famille la technique de l'insémination artificielle entre les époux, la preuve de la filiation par le recours aux moyens scientifiques, l'octroi de la tutelle des enfants mineurs à la mère gardienne. La suppression du devoir d'obéissance et de la notion de chef de famille justifie l'égalité introduite dans les rapports entre époux pour la gestion du ménage et l'éducation conjointe des enfants.

Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille

Nadia Ait-Zai

Chargée de cours à la faculté de droit d'Alger

I. Introduction :

L'Assemblée Populaire Nationale a adopté le 14 Mars 2005 l'ordonnance I modifiant et complétant la loi du 09 juin 1984 portant code de la famille. Le Sénat a entériné ce texte le 26 Mars 2005.

Cette ordonnance a été proposée par le Président de la République en vertu de ses pouvoirs constitutionnels pour mettre fin a-t-il dit « à un débat stérile II » engagé entre le courant islamiste favorable au maintien de la tutelle matrimoniale, de la polygamie, et le courant moderniste soutenant l'introduction de rapports égalitaires entre hommes et femmes dans la famille.

Ce débat, quand bien même déclaré stérile, a permis aux deux courants de s'affronter lors de la présentation au conseil du gouvernement de ce que fut le projet de révision du code de la famille et de réaffirmer leur position.

En voulant se situer au-dessus de la mêlée, le président de la république en présentant une ordonnance, au lieu de maintenir le projet de loi, a favorisé le courant islamoconservateur qui s'est déclaré satisfait du contenu, conforme selon lui, aux « fondements et valeurs de l'Algérie III ». Les femmes ont de nouveau été utilisées comme enjeu politique et jetées sur l'autel de la discorde aux islamo-conservateurs. Avec du recul on serait tenté d'affirmer que le débat entretenu entre les deux courants a été favorisé pour ensuite être discrédité et utilisé pour la présentation d'un autre texte sous forme d'ordonnance.