

Research Paper

Le Code de la famille marocain (Moudawana) : réalités et perspectives de réformes

Par Nouzha Chekrouni & Abdessalam Saad Jaldi

RP - 06/24

Le Code de la famille, la Moudawana, apparaissait à son adoption par le Parlement, en 2004, comme étant le début d'une révolution juridique et sociale qui consacre l'égalité homme-femme et améliore le droit des femmes au sein de la cellule familiale. Ayant notamment permis d'ouvrir de nouvelles perspectives en ce qui concerne la condition de la femme marocaine, le Code de la famille a constitué une avancée sociale. Cependant, vingt ans après sa promulgation, force est de constater que le texte de 2004 accuse de nombreuses limites dans la consécration de droits pleins et entiers, et paraît de plus en plus inadéquat avec les transformations de la société marocaine. C'est suite à ce constat que le Roi Mohammed VI a appelé les institutions de représentation démocratique à procéder à une refonte globale du Code de la famille, en vue de parvenir à la codification d'un nouveau texte compatible avec la transition sociétale qui caractérise le Maroc contemporain. Dans le cadre de ce Research Paper, nous nous attellerons à scruter les dysfonctionnements et les limites du régime familial en vigueur, en examinant respectivement la lente progression vers l'égalité dans les rapports familiaux, avec un focus sur les droits interpersonnels, matrimoniaux et patrimoniaux ; les insuffisances du régime juridique de la protection des enfants et les problématiques inhérentes à l'établissement de la filiation ; pour ensuite dégager des perspectives de réformes.

À propos de Policy Center for the New South

Le Policy Center for the New South (PCNS) est un think tank marocain dont la mission est de contribuer à l'amélioration des politiques publiques, aussi bien économiques que sociales et internationales, qui concernent le Maroc et l'Afrique, parties intégrantes du Sud global.

Le PCNS défend le concept d'un « nouveau Sud » ouvert, responsable et entreprenant ; un Sud qui définit ses propres narratifs, ainsi que les cartes mentales autour des bassins de la Méditerranée et de l'Atlantique Sud, dans le cadre d'un rapport décomplexé avec le reste du monde. Le think tank se propose d'accompagner, par ses travaux, l'élaboration des politiques publiques en Afrique, et de donner la parole aux experts du Sud sur les évolutions géopolitiques qui les concernent. Ce positionnement, axé sur le dialogue et les partenariats, consiste à cultiver une expertise et une excellence africaines, à même de contribuer au diagnostic et aux solutions des défis africains.

A ce titre, le PCNS mobilise des chercheurs, publie leurs travaux et capitalise sur un réseau de partenaires de renom, issus de tous les continents. Le PCNS organise tout au long de l'année une série de rencontres de formats et de niveaux différents, dont les plus importantes sont les conférences internationales annuelles « The Atlantic Dialogues » et « African Peace and Security Annual Conference » (APSACO).

Enfin, le think tank développe une communauté de jeunes leaders à travers le programme Atlantic Dialogues Emerging Leaders (ADEL). Cet espace de coopération et de mise en relation d'une nouvelle génération de décideurs et d'entrepreneurs, est déjà fort de plus de 300 membres. Le PCNS contribue ainsi au dialogue intergénérationnel et à l'émergence des leaders de demain.

Policy Center for the New South

Mohammed VI Polytechnic University, Rocade Rabat-Salé, 11103

Email : contact@policycenter.ma

Phone : +212 (0) 537 54 04 04 / Fax : +212 (0) 537 71 31 54

Website : www.policycenter.ma

RESEARCH PAPER

**Le Code de la
famille marocain
(Moudawana) : réalités
et perspectives de
réformes**

Nouzha Chekrouni & Abdessalam Saad Jaldi



Introduction

Le Code de la famille est un pilier essentiel dans l'élaboration du droit familial et la régulation des affaires relevant du statut personnel. Son histoire est marquée par des évolutions significatives qui ont façonné son contenu et son application. Ainsi, avant l'indépendance, le droit de la famille était principalement régulé par la charia, la loi islamique. Les juridictions de la charia avaient compétence sur des questions comme le mariage, le divorce, la garde des enfants et la succession. Les dispositions légales concernant l'égalité des sexes et les droits des femmes au sein de la famille étaient restreintes.

Au-lendemain de l'indépendance, le Maroc s'est engagé dans une dynamique de modernisation de son système juridique et de promotion de l'égalité des sexes. En 1957, le Père de la Nation, le Roi Mohammed V, a institué une Commission chargée d'examiner le Code de la famille et de suggérer des réformes pour le rendre conforme aux valeurs de justice et d'égalité. Les préconisations de cette Commission ont conduit à l'adoption, en 1958, du premier Code de la famille du Maroc indépendant. Le texte visait à concilier les principes de la loi islamique avec les exigences de modernisation et a marqué une évolution des droits des femmes, notamment par le relèvement de l'âge minimal pour le mariage et l'introduction d'un droit de divorce limité pour les femmes.

La réforme de 1993, sous le règne de Feu le Roi Hassan II, initiée par une mobilisation de la société civile ayant recueilli un million de signatures, a permis d'importantes avancées, notamment l'abolition de la tutelle matrimoniale pour les femmes majeures. Elle a également établi que le divorce doit être prononcé par un juge après échec des tentatives de réconciliation, et imposé au mari une garantie financière pour ses obligations.

La réforme de 2004 a été une étape majeure tant sur le plan juridique que social, visant à aligner le droit familial marocain sur les normes internationales tout en restant fidèle aux principes de l'Islam. Cette réforme apparaissait dès lors comme étant le début d'une révolution juridique et sociale consacrant l'égalité homme-femme et améliorant le droit des femmes au sein de la cellule familiale. Le 10 octobre 2004, Sa Majesté le Roi Mohammed VI a promulgué une réforme sociétale inédite dans le Royaume, faisant entrer le pays dans une nouvelle ère, celle de la modernité et de la consécration de la femme marocaine en tant qu'individu à part entière.

Répondant à une forte demande nationale, ladite réforme s'inscrivait dans la tendance internationale qui considère l'égalité homme-femme comme la pierre angulaire de tout projet de développement inclusif. Cependant, et vingt ans après l'entrée en vigueur du nouveau texte, force est de constater que ses dispositions sont aujourd'hui caduques et obsolètes, voire incompatibles avec la transition sociétale qui caractérise la société marocaine contemporaine. C'est dans ce contexte que le Souverain a appelé, dans son discours à l'occasion de la fête du Trône en 2022, les institutions de représentation démocratique à procéder à une refonte globale du Code de la famille. Cette prise de position a suscité une vive réaction parmi les différents acteurs de la société civile, soulignant unanimement la nécessité de réformes pour respecter les engagements

nationaux et internationaux du Royaume en matière de droits des femmes et assurer l'égalité des droits entre les hommes et les femmes.

Dans le cadre de ce Papier, nous nous proposons de scruter les dysfonctionnements du droit familial actuel, en examinant respectivement la lente progression vers l'égalité dans les rapports familiaux, les insuffisances du régime juridique de la protection des enfants et les problématiques inhérentes à l'établissement de la filiation, pour ensuite dégager des perspectives de réformes. Le recours au droit comparé en examinant les insuffisances du Code de la famille à l'aune des engagements du Maroc au regard du droit international permettra de révéler les différences et les points communs de deux traditions juridiques et constituera la méthode de recherche privilégiée dans cette étude.

I- La lente progression vers l'égalité dans les rapports familiaux

Le Code de la famille de 2004 a notamment consacré l'égalité entre les époux, dans une responsabilité partagée de la famille, contrairement à l'ancien texte qui minorait la femme sous le principe de « l'obéissance en contrepartie de l'entretien ». Le texte de 2004 a bouleversé l'ordre établi du patriarcat et fait de la femme une citoyenne à part entière. Cela entraîne dans la vie quotidienne des hommes et des femmes une transformation des pratiques sociales, des attitudes et comportements, avec des conséquences considérables. Les institutions et les mécanismes du droit des personnes et de la famille propres à la tradition musulmane classique ont été repris dans le nouveau Code, avec des retouches qui ne convergent pas avec les principes d'égalité entre les hommes et les femmes et les droits de l'enfant dans les relations familiales.¹ En témoigne l'exemple des droits interpersonnels conjugaux et des droits patrimoniaux.

A- Les droits interpersonnels conjugaux

La formation du mariage et sa dissolution étaient les deux terreaux propices aux discriminations de genre dans le dispositif juridique marocain, que le législateur avait tenté d'atténuer en 2004. C'est ainsi que le Code de la famille de 2004 a placé le mariage sous la responsabilité conjointe des deux époux,² en proscrivant le concept de l'homme comme chef de la famille auquel la femme doit « obéissance et soumission, tout en élevant l'âge du mariage. Cependant, et presque vingt ans depuis son adoption, des insuffisances subsistent. Celles-ci concernent essentiellement le mariage des mineurs, l'identification du mariage, les ambiguïtés juridiques relatives au divorce, l'absence à la fois de prestation compensatoire et de partage des biens acquis pendant le mariage sans oublier le mariage des Marocaines avec des non-musulmans.

¹ Mohamed Loukili et Michèle Zirari-Devif. Le Nouveau Code marocain de la Famille : une Réforme dans la Continuité. Dans Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online. Brill. 2004. Page 213.

² Code de la famille de 2004. Article 4. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

S'agissant du mariage des mineurs, l'article 19 du Code de la famille prévoit que la capacité matrimoniale s'acquiert à l'âge de 18 ans, tant pour le garçon que pour la fille. Cependant, l'article 20 du même Code prend le contrepied de cette disposition en permettant au juge de la famille chargé du mariage d'autoriser le mariage avant cet âge par décision motivée mais insusceptible de recours.³ Or, le mutisme du Code sur les circonstances pouvant conduire le juge à autoriser de tels mariages, l'absence d'âge minimal en dessous duquel il peut les approuver, ainsi que l'impossibilité d'introduire un recours pour annuler la décision du juge autorisant le mariage de mineurs, ont porté préjudice à l'efficacité de l'article 19. Cette brèche laissée ouverte par l'article 19 a donné lieu à des dérives juridiques, aggravées par la prolifération des mariages coutumiers scellés par la simple lecture d'une sourate coranique, reconnus par la loi.⁴ En 2018, plus de 40 000 mineures ont été mariées sur la base de l'article 20 de la Moudawana, situation dont s'était alarmée Amina Bouayach, présidente du Conseil national des droits de l'Homme.⁵ Une décision prise souvent contre l'avis du parquet, qui a demandé en 2021 le refus de 20 200 demandes de mariage de mineurs,⁶ alors que les tribunaux avaient validé plus de 20 000 demandes sur un total de 28 930, soit un taux d'acceptation de 70 %.⁷ Selon la Banque mondiale (BM), 26 mineures marocaines sur 1000 âgées entre 15 ans et 18 ans ont accouché en 2021.⁸ Il est donc important de s'interroger sur la réalité du consentement dans le cadre d'une telle union, et donc sa validité, puisque le mariage est considéré selon l'article 4 du Code de la famille comme un pacte fondé sur le consentement mutuel.

À la question du mariage des mineurs s'ajoute celle de l'identification de l'union contractée. L'article 16 du Code en vigueur considère l'acte du mariage comme le moyen de preuve.⁹ Dans le même ordre d'idées, et afin de régulariser les mariages qui ont été célébrés en dehors des formes prescrites par le Code de la famille, l'article 16 octroie aux juges une compétence exclusive en matière d'homologation des mariages coutumiers en cas d'absence d'un texte de reconnaissance. Cependant, cette procédure est critiquable pour deux raisons : d'une part, elle permet de valider le mariage de mineures non reconnu dans les formes définies par le Code de la famille, sachant que le certificat de célibat n'est pas réclamé et, d'autre part, elle contribue à la prolifération de la polygamie dans la mesure où elle permet de contourner les règles restrictives, notamment dans les milieux ruraux en proie à l'influence traditionnelle patriarcale. Le Code de la famille part d'un principe d'autorisation de la polygamie assorti d'exceptions définies dans l'article 41 qui prévoit que le tribunal ne peut accorder la polygamie dans les cas suivants : lorsque le motif objectif

³ Ibid. Article 20.

⁴ Au Maroc, la « tragédie » des mariages de mineures. Le Monde du 03 07 2022. https://www.lemonde.fr/afrique/article/2022/03/07/au-maroc-la-tragedie-des-mariages-de-mineures_6116439_3212.html

⁵ Zineb Naciri Bennani. La rupture du principe d'égalité homme-femme dans le cadre du divorce en droit marocain. Dalloz. 2020. <https://forum-famille.dalloz.fr/2020/09/15/la-rupture-du-principe-degalite-homme-femme-dans-le-cadre-du-divorce-en-droit-marocain/>

⁶ Middle East Eyes (MEE). Maroc : vers la criminalisation du mariage des mineures ? Juillet 2023. <https://www.middleeasteye.net/fr/actu-et-enquetes/maroc-mariage-mineures-filles-criminalisation-loi-justice>

⁷ Ibid.

⁸ Banque mondiale. Gender Data Portal. <https://genderdata.worldbank.org/countries/morocco/>

⁹ Code de la famille de 2004. Article 16. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

Type des actes	2010		2020		2022	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Total des actes	313 356	100	194 480	100	251 847	100
Conjoints majeurs	203 875	65,1	127 554	65,6	162 551	64,5
Femmes majeures ayant contracté leur mariage elles-mêmes	65 299	20,8	49 700	25,6	64 890	25,8
Mariage des mineurs	34 777	11,1	12 600	6,5	14 971	5,9
Polygamie	991	0,3	658	0,3	874	0,3
Autres	8 414	2,7	3 968	2,0	8 561	3,4

Source : Ministère de la justice

HCP : La femme marocaine en chiffres, 2023

exceptionnel n'est pas établi et lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour subvenir aux besoins des deux familles et garantir tous les droits tels que l'entretien, le logement et l'égalité dans tous les aspects de la vie.¹⁰ Or, la possibilité de régulariser les mariages coutumiers permet de déjouer les règles juridiques restreignant la polygamie dans l'ordre familial marocain. Autre donnée alarmante : « Seuls 30 % des assistants sociaux affirment assister aux audiences pour écouter les jeunes filles et 70 % ne le font donc pas, faute de textes juridiques qui leur imposent de le faire ». ¹¹ C'est pourquoi l'Association des initiatives pour la promotion des droits des femmes a dénoncé l'article 16, arguant qu'il a permis à nombre d'individus de contourner la loi et à des mineurs de contracter le mariage sans autorisation, en se prévalant par la suite de l'action en reconnaissance de mariage.¹² Dans son rapport de 2015 portant sur l'état de l'égalité et de la parité au Maroc, le Conseil national des droits de l'homme a souligné : « qu'en dépit de l'utilisation frauduleuse des dispositions sur la période transitoire de recevabilité de l'action en reconnaissance de mariage visant à contourner la loi sur l'autorisation du mariage polygame et celui des mineures, le gouvernement persiste à vouloir procéder à une nouvelle prolongation de la période transitoire ». ¹³

Concernant le divorce, la Moudawana ambitionnait d'encadrer les modalités du divorce dans la perspective d'établir une certaine égalité entre les époux face à la dissolution des liens du mariage, bien qu'elle ait maintenu la répudiation. Cependant, des limites perdurent. L'article 94 relatif à la discorde ne définit pas ce qu'est juridiquement le Chiqaq de même qu'il ne donne pas de précisions sur le caractère que doit revêtir la discorde pour justifier le prononcé du divorce. Cette configuration juridique a ouvert la voie devant la jurisprudence pour remédier aux insuffisances de l'article 94 du Code de la famille. Cependant, les imprécisions de la loi, aggravées par la fragmentation des sources secondaires du droit, en l'occurrence la jurisprudence et la doctrine, ne permettent pas de dégager une position commune. Ainsi, si le Tribunal de Première instance de

¹⁰ Code de la famille de 2004. Article 41. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

¹¹ Middle East Eyes (MEE). Maroc : vers la criminalisation du mariage des mineures ? Juillet 2023.

<https://www.middleeasteye.net/fr/actu-et-enquetes/maroc-mariage-mineures-filles-criminalisation-loi-justice>

¹² Dyaa Sfendla. Couple et famille : études comparatives des systèmes juridiques français et marocain. Thèse de doctorat, Université de Toulon. 2016. Page 105. <https://theses.hal.science/tel-02485193/document>

¹³ Conseil national des droits de l'Homme. L'état de l'égalité et de la parité au Maroc. 2015.

http://www.cndh.ma/sites/default/files/cndh_-_r_e_web_-_parite_egalite_fr_-.pdf

	2010		2020		2022	
	Nombre	%	Nombre	%	Nombre	%
Divorces judiciaires prononcés						
Divorce de discorde (chiquaq)	32 331	96,3	38 497	99,0	60 592	99,1
Autres formes de divorces judiciaires	1 233	3,7	387	1,0	555	0,9
Total	33 564	100,0	38 884	100,0	61 147	100,0
Actes de divorce						
Révocable	2 680	11,9	907	4,5	989	3,6
Moyennant compensation	5 263	23,4	1 519	7,5	1 872	6,8
Avant consommation du mariage	4 108	18,3	1 606	7,9	1 934	7,0
Par consentement mutuel	10 294	45,8	16 280	79,9	22 577	82,0
A l'initiative de l'épouse exerçant un droit d'option et prononcé suite à deux précédents divorces successifs	107	0,5	60	0,3	164	0,6
Total	22 452	100,0	20 372	100,0	27 536	100,0

Source : Ministère de la justice

HCP : La femme marocaine en chiffres, 2023

Marrakech, dans une décision rendue en 2005, a défini le Chiquaq comme : « une situation de fait qui empêche la continuité de la relation conjugale, chaque époux étant devenu très éloigné de l'autre du fait d'un climat d'hostilité, de telle sorte que les liens d'affection en sont devenus distendus, empêchant les époux d'accomplir leurs droits et obligations réciproques », ¹⁴ la doctrine, quant à elle, a considéré que la discorde est : « l'ensemble des querelles et

malentendus qui éloignent les époux l'un de l'autre rendant impossible le maintien de la vie conjugale ». ¹⁵ Aussi, les insuffisances du Code de la famille confèrent aux juges un pouvoir d'interprétation susceptible de fragmenter la jurisprudence. En effet, si l'école malékite est le courant doctrinal auquel se réfèrent les juges marocains en cas de silence de la loi, l'article 400 du Code de la famille élargit l'Ijtihad du juge en l'invitant à interpréter sur la base de l'ensemble des courants juridiques islamiques, et non pas seulement l'école malékite. ¹⁶ Néanmoins, l'omniprésence de l'influence islamique reconduit le débat sur la place que doivent occuper dans l'appréciation des juges les autres sources de droit et d'interprétation juridique, particulièrement les conventions internationales dument ratifiées par le Maroc. Si certains magistrats font preuve d'ouverture d'esprit, d'autres ne se contentent pas de se référer aux dispositions du Code pour asseoir leurs décisions et éprouvent le besoin d'y adjoindre d'autres références, notamment le texte coranique et les traditions jurisprudentielles prophétiques à caractère religieux. Ainsi, si le Tribunal de Première instance de Rabat avait, en 2005, fait prévaloir l'argument de l'éloignement de l'épouse et non celui de l'époux, comme c'est généralement le cas, pour donner droit à une épouse qui avait intenté une action en divorce judiciaire contre son époux pour cause de discorde, ¹⁷ certains juges, notamment dans les milieux ruraux, mais pas seulement, refusent souvent d'accéder à la demande des épouses réclamant le divorce.

¹⁴ Tribunal de Première instance de Marrakech. Dossier numéro 3269/8/2004. 13 janvier 2005. Le Code de la famille : perceptions et pratique judiciaire. 2014. http://www.observaction.info/wp-content/uploads/2014/07/Code_de_la_famille.pdf

¹⁵ M. Kachbour. Commentaire du Code de la famille, la dissolution du lien conjugal. Tome II. Matba'ath al-najah al-jadida. Casablanca. 2006. P.102.

¹⁶ Papi Stéphane. L'influence juridique islamique au Maghreb : Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie. L'Harmattan. 2009.

¹⁷ Tribunal de Première instance de Rabat. Dossier numéro 32/703/04. 2005.

Le Code de la famille ne prévoit pas non plus le versement d'une prestation compensatoire en cas de divorce permettant de rééquilibrer la situation financière des époux, notamment dans un système juridique de séparation des biens. Les études en matière de sociologie de la famille dénoncent, depuis les années 60, le rôle des époux dans l'aggravation de la condition financière des épouses d'autant que la contribution des femmes sous la forme de travail domestique, d'éducation des enfants et de soins apportés aux parents à charge n'est pas prise en considération. En outre, aucune solution n'est envisagée pour rééquilibrer la situation financière des épouses en cas de divorce. De plus, après le divorce, la femme, davantage que l'homme, accuse une dégradation de son niveau de vie, d'une part à travers un coût direct à court terme relatif, entre autres, aux frais procéduraux, à la réduction de son niveau de vie en raison de la baisse des économies d'échelle et, d'autre part, du fait du coût indirect consécutif à la perte des investissements réalisés pendant le mariage.¹⁸ Ceci est d'autant plus important qu'en présence d'enfants issus de cette union, l'épouse, comme il sera démontré, refusera de se remarier, ce qui permettrait d'alléger le fardeau financier, afin de ne pas perdre la garde des enfants.¹⁹

Concernant la gestion des biens acquis pendant l'union, il convient de noter que le régime du partage des biens matrimoniaux, tel que défini par l'article 49 du Code de la famille de 2004, a été élaboré à une époque où le divorce s'inscrivait dans un contexte économique et social général où l'égalité des situations et des chances entre les hommes et les femmes était loin de prévaloir dans la société. Ledit article stipule que : « *Chacun des deux époux dispose d'un patrimoine distinct du patrimoine de l'autre. Toutefois, ils peuvent dans le cadre de la gestion des biens à acquérir pendant la relation conjugale, se mettre d'accord sur le mode de leur fructification et répartition. Cet accord est consigné dans un document séparé de l'acte de mariage. Les adouls avisent les deux parties, lors de la conclusion du mariage, des dispositions précédentes. À défaut d'accord, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour le développement des biens de la famille* ». ²⁰ Or, avec les changements que connaît la société marocaine, le recours à l'article 49 relatif à contractualisation du partage des biens paraît dérisoire pour trois raisons principales : d'abord, le contrat est optionnel et les Adouls n'en informent pas systématiquement les époux sur la question au moment de la conclusion de l'acte de mariage, reconduisant le débat sur le rôle des Adouls dans la diffusion de l'acceptabilité sociale du principe du partage des biens. Ensuite, l'article 49 est resté muet sur les dispositions relatives au mode de fructification et de répartition des biens acquis pendant la relation conjugale. Il ne comporte pas d'indication sur la notion du travail, source du patrimoine conjugal. En fait, l'article 49 traite du « travail de chacun des époux » sans faire référence à la nature de ce travail, à son caractère (marchand ou non marchand) comme il ne donne pas de précisions sur la mesure de ce travail : le revenu, la valeur des actifs et du patrimoine ou tout simplement le temps de travail. Ce faisant, le Code donne au juge un large pouvoir

¹⁸ Anne-Marie Leroyer. Réduire les asymétries de genre dues au divorce. *Revue Population*. Volume 71. 2016, pp. 533-535.

¹⁹ Zineb Naciri Bennani. La rupture du principe d'égalité homme-femme dans le cadre du divorce en droit marocain. *Dalloz*. 2020. <https://forum-famille.dalloz.fr/2020/09/15/la-rupture-du-principe-degalite-homme-femme-dans-le-cadre-du-divorce-en-droit-marocain/>

²⁰ Code de la famille de 2004. Article 49. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

d'appréciation en la matière. Ceci sans oublier les difficultés inhérentes à la répartition du patrimoine au moment du divorce lorsque la transparence dans la saisie du patrimoine n'est pas de mise au sein du foyer. Cette opacité a trois origines : la volonté de l'un des époux de dissimuler une partie de son patrimoine à son conjoint ; la volonté du détenteur du patrimoine d'éviter la déclaration au fisc ; la troisième est celle d'enregistrer le titre de propriété au nom de proches de la famille ou de personnes tierces. L'article 49 du Code de la famille n'a pas libéré totalement le couple de l'emprise de la famille patriarcale, mais il a prévu des mesures dans le dessein de stabiliser la famille et de chercher à résoudre paisiblement les conflits en son sein.

Enfin, le Code de la famille de 2004 maintient les empêchements au mariage en raison de la différence de culte. Ainsi, l'article 39 de la Moudawana écarte toute possibilité de mariage entre musulmans et non-musulmans.²¹ Pour pouvoir épouser un étranger ou un non-musulman converti à l'Islam, une marocaine doit, d'après les dispositions de l'article 65 du Code de la famille, obtenir l'autorisation préalable du procureur général du roi auprès de la Cour d'appel, comme au temps de l'ancienne Moudawana.²² On peut même constater sur ce dernier point un recul du Code de la famille, car l'ancien texte ne prévoyait pas cette autorisation qui n'était imposée que par des circulaires du ministère de la Justice.²³

B- Les droits patrimoniaux

Le Code de la famille de 2004, dans son versus patrimonial, a notamment permis d'introduire le contrat dans la gestion des biens acquis durant le mariage, rompant avec la conception classique du droit musulman qui ignore le régime de communauté des biens entre époux et les régimes matrimoniaux. Cependant, les règles relatives au droit des successions qui, en droit musulman classique, instaurent une inégalité structurelle entre les deux sexes, n'ont pas fait l'objet d'une révision.²⁴ L'immutabilité du droit successoral marocain puise ses fondements dans le caractère extratemporel du régime successoral islamique, dans la mesure où la dévolution héréditaire fût définie par les principes sacro-saints des lois coraniques intangibles à toute forme de modification de la volonté humaine. Cette posture nous rappelle certaines conceptions naturalistes du droit suggérant que la règle juridique, apparue sous l'intervention d'une émission de valeurs et de sens, se situe au-delà de l'histoire humaine autant qu'en dehors de celle-ci. Dans cette perspective, le régime successoral islamique dispose qu'à égalité de degrés, une femme reçoit la moitié de la part qui revient à l'homme. Il en va que si les époux héritent l'un de l'autre, leur vocation successorale varie selon que le survivant est le mari ou l'épouse. Relevant de la catégorie des héritiers fardh, c'est-à-dire à part fixe, en opposition avec les héritiers aceb, à part variable, la quote-part du conjoint variera selon l'existence ou non de descendants issus du couple. Ainsi, la moitié de

²¹ Ibid. Article 39. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

²² Ibid. Article 65. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

²³ Mohamed Loukili et Michèle Zirari-Devif. Le Nouveau Code marocain de la famille : une réforme dans la continuité. Dans Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online. Brill. 2004. P.213.

²⁴ Mohamed Naji. Les Marocaines bientôt égales devant l'héritage ? The Conversation. 2018. <https://theconversation.com/les-marocaines-bientot-egales-devant-lheritage-94263>

l'héritage revient à l'époux si son épouse décède sans laisser de postérité. Cette part est ramenée au quart s'il est en concours avec un descendant. L'épouse hérite du quart de la succession en pleine propriété en l'absence de descendants du de cujus, et du huitième seulement si elle est en concours avec des descendants. Une partie de la doctrine rappelle que si la Constitution de 2011 prévoit le principe d'égalité homme-femme, elle l'a toutefois conditionné par le respect des constantes du Royaume et de ses lois. C'est ce que révèle Mohamed Kachbour, dans la mesure où la Constitution de 2011 récuse toute remise en cause de la référentielle islamique qui constitue un pilier de l'identité nationale du Royaume.²⁵

Aux discriminations sur le genre en matière successorale s'ajoutent celles à caractère religieux dans le texte de 2004. Du fait de l'article 332 du Code de la famille qui précise qu'« *il n'y a pas successibilité entre un musulman et un non-musulman* »,²⁶ la succession légale, sans testament, demeure impossible entre un musulman et un non-musulman. Cette disposition constitue même un principe d'ordre public dans le dispositif juridique marocain.²⁷ Un non-musulman ne peut par principe hériter d'un musulman, tout comme un musulman ne peut non plus hériter d'un non-musulman, qu'il s'agisse d'ascendant, de descendant ou de conjoint. D'après Jad Aboulachbal : « *Pour une personne de nationalité marocaine, la succession portant sur des biens localisés au Maroc relève soit du droit musulman, si elle est de confession musulmane, soit du droit hébraïque, si elle est juive, et cela quelle que soit sa domiciliation à son décès. Lorsque le défunt a plusieurs nationalités dont la nationalité marocaine, seule celle-ci est prise en considération pour la dévolution successorale au Maroc* ». ²⁸ Le conjoint non-musulman d'un défunt musulman n'a aucune vocation successorale légale sur le patrimoine marocain de ce dernier, à moins qu'il ne soit désigné comme légataire en vertu d'un testament conforme au droit musulman. De la même manière que perdurent les contradictions inhérentes aux successions internationales. Selon la loi marocaine, la répartition successorale d'un étranger qui serait propriétaire de biens au Maroc est déterminée par la loi en application dans son pays d'origine. Au cas où le défunt laisse un patrimoine situé dans plusieurs pays, chaque État se devra de déterminer la loi à appliquer pour l'attribution successorale aux héritiers. Cependant, si le principe est élémentaire, sa mise en application se confronte à des difficultés de circonstance. Les héritiers doivent justifier de leur qualité de légataires en se prévalant d'un acte de notoriété au nom du défunt. Cet acte doit être établi par un notaire, mais si l'acte de notoriété a été établi par un notaire étranger il doit recevoir l'exequatur du juge marocain, pour prendre effet.

Pourtant, les discriminations successorales dans le Code de la famille de 2004 paraissent en décalage avec la Constitution de 2011 qui prône l'égalité entre les citoyens et récrimine donc les discriminations entre individus, sachant que plusieurs récits prophétiques attestent que les inégalités d'héritage sont principalement conséquentes à la configuration patriarcale de la famille

²⁵ Mohamed Kachbour. Commentaire du Code de la famille – Le Mariage. Tome 1. 3^{ème} édition. Matba'ath Annajah Al-jadidi. 2015. P.155.

²⁶ Code de la famille de 2004. Article 332. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

²⁷ Finance News – Interview avec Maître Jad Aboulachbal. Droit de succession : Ces subtilités juridiques qu'il faut absolument connaître. 2021. <https://fnh.ma/article/actualite-economique/droit-de-succession-ces-subtilites-juridiques-qu-il-faut-absolument-connaître>

²⁸ Ibid.

arabo-musulmane et non pas à la nature propre de la femme.²⁹ Pour Asma Lamrabet, le Coran, loin d'être discriminant, offre aux femmes et aux hommes héritiers « *l'égalité dans les parts [...], quelle que soit l'importance de cette succession* ». ³⁰

II- Une protection insuffisante des droits des enfants

La nécessité de régénérer un lien familial a conduit à rechercher en la personne de l'enfant la stabilité requise des individus, quitte à faire de celui-ci la pierre angulaire du droit contemporain de la famille.³¹ Dans ce contexte, le principe fondamental de l'intérêt de l'enfant devrait constituer la pierre angulaire du dispositif juridique familial se rattachant à la protection des enfants. Or, l'analyse critique du Code de la famille de 2004 révèle que ce dernier ne satisfait pas parfaitement au principe fondamental du meilleur intérêt de l'enfant, tel que reconnu par le droit international.

A- Des prérogatives inégalitaires en matière d'exercice de l'autorité parentale

L'exploration du régime de la protection de l'enfance dans le corpus familial de 2004 démontre que le principe d'égalité n'était pas l'objectif du législateur. L'exercice de l'autorité parentale paraît reposer sur une logique islamique de complémentarité des sexes, en opposition au principe fondamental de la coparentalité affirmé par le droit international qui insiste sur le besoin de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses parents. Dans cette perspective, l'article 7 de la Convention de New York de 1989 mentionne expressément le droit de l'enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, et d'être élevé par eux : « *Lorsque l'enfant est séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux, les États parties doivent respecter l'obligation d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs (...) sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». ³² Au Maroc, par contre, si la coparentalité est encouragée durant la vie commune, elle ne perdure pas en cas de rupture du lien conjugal. C'est ce qui ressort de l'article 164 qui stipule que la garde de l'enfant incombe au père et à la mère tant que les liens conjugaux subsistent.³³ En cas de divorce, l'article 163³⁴ qui régit les droits parentaux, confie prioritairement la hadana (la garde) à la mère, puis au père, puis à la grand-mère maternelle de l'enfant. À défaut, le tribunal décide dans l'intérêt de l'enfant. En contrepartie, la *niyaba shar'iya* (tutelle légale) qui renvoie à la protection des intérêts patrimoniaux et matrimoniaux de l'enfant relève des prérogatives du père, tant sur sa personne

²⁹ Issam Toualbi. Le droit musulman : de l'interdiction de la jurisprudence » aux tentatives de réforme. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Thèse de Doctorat. 2011, pp.100 -103.

³⁰ Marlène Panara. Maghreb - Droits des femmes : le long chemin de l'égalité dans l'héritage. Le Point. 2019. https://www.lepoint.fr/afrique/maghreb-droits-des-femmes-le-long-chemin-de-l-egalite-dans-l-heritage-08-03-2019-2299249_3826.php

³¹ Françoise Dekeuwer-Defossez. Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille. La revue trimestrielle de droit civil. 1995, pp.249-270.

³² Convention de l'ONU de 1989 relative aux droits des enfants. Article 7. <https://www.cndp.ma/images/lois/Convention-droits-enfant-1989.pdf>

³³ Code de la famille de 2004. Article 164. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

³⁴ Code de la famille de 2004. Article 163. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

que sur ses droits. Le droit marocain de la famille ignore le principe de coparentalité en cas de rupture conjugale.

L'examen du corpus juridique de 2004 dénote l'emprise des subjectivités patriarcales en matière d'autorité parentale, aussi bien en ce qui concerne la garde de l'enfant que la tutelle parentale. Concernant la garde, qui est une prérogative maternelle, elle est exercée sous la supervision du père qui dispose d'un droit de regard sur l'éducation de son enfant.³⁵ La tutelle légale, quant à elle, doit obligatoirement être assurée par une personne de sexe masculin si le père n'est pas en mesure de répondre à ses devoirs envers son enfant, au détriment de la mère.³⁶ Certes, l'article 236 du Code de la famille permet à la mère d'effectuer exceptionnellement des actes de tutelle à l'égard de ses enfants, mais seulement lorsqu'il y a urgence et que le couple est séparé.³⁷ Or, l'exclusion de la mère de son droit de tutelle légale, tout en cantonnant sa responsabilité vis-à-vis de son enfant à son seul aspect affectif, est contradictoire au regard de l'article 19 de la Constitution qui dispose que : « *l'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental énoncés dans le présent titre* ». ³⁸ Cette contradiction est consolidée par l'obligation faite à la mère en vertu du Code de la famille de subvenir aux besoins de la famille lorsqu'elle a des ressources confortables. La responsabilité matérielle qui incombe à la mère en vertu de l'article 199 du Code de la famille ne trouve donc pas de contrepartie juridique dans la possibilité qui lui serait automatiquement accordée d'être la tutrice légale de ses enfants.

Le cas de la pension alimentaire est très révélateur, en étant une problématique au cœur de la question du divorce. Des mères peuvent renoncer à divorcer, voire accepter des conditions de vie conjugale dégradées, en raison de leur incapacité de subvenir aux besoins de leurs enfants, sachant que l'article 198 du Code de la famille affirme que c'est au père de subvenir aux besoins de ses enfants jusqu'à la majorité ou jusqu'à vingt-cinq ans révolus, en ce qui concerne les enfants poursuivant leurs études. L'article 191 du Code de la famille prévoit que : « *le tribunal détermine les moyens d'exécution du jugement de condamnation à la pension alimentaire et des charges de logement à imputer sur les biens du condamné, ou il ordonne le prélèvement à la source sur ses revenus ou sur son salaire. Il détermine, le cas échéant, les garanties à même d'assurer la continuité du versement de la pension* ». ³⁹ Toutefois, cette disposition reste lettre morte, d'où, devant les difficultés rencontrées par les mères pour le recouvrement de la pension alimentaire, la création, en 2002, d'un fonds de garantie de paiement des pensions alimentaires afin de garantir le paiement de la pension alimentaire fixée par un jugement exécutoire. Cette mesure n'est toutefois pas encore entrée en application et reste aujourd'hui sans utilité.

L'exercice de la garde par la mère à la suite de son remariage entretient aussi beaucoup d'ambiguïté quant à la conformité du Code de la famille aux normes internationales en vigueur. En

³⁵ Code de la famille de 2004. Article 171. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

³⁶ Code de la famille de 2004. Article 231. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

³⁷ Code de la famille de 2004. Article 236. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

³⁸ Constitution marocaine de 2011. Article 19.

http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/constitution/constitution_2011_Fr.pdf

³⁹ Code de la famille de 2004. Article 191. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

vertu du droit musulman, le remariage de la mère est une cause de déchéance de son droit de garde lorsque le nouvel époux n'est pas un proche parent de l'enfant à un degré prohibé au mariage. Le droit marocain a repris à son tour ce principe de la doctrine islamique, en déchantant la mère de son droit de garde dès lors que l'enfant a atteint l'âge de sept ans,⁴⁰ à moins que le mari de la mère ne soit un proche de l'enfant, ou que la déchéance de la garde ne puisse causer un préjudice à l'enfant. S'agissant de la notion de préjudice, son interprétation est suffisamment large pour qu'elle soit appréciée par le juge conformément à ce que commande l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, l'interprétation évolutive de la jurisprudence sur le sujet est positive dans l'ensemble. Dans un arrêt rendu par la Cour de Cassation en 2008, la juridiction suprême avait fait prévaloir le principe de l'intérêt de l'enfant consacré par l'article 186 du Code de la famille, pour empêcher la déchéance du droit de garde de la mère, remariée à un étranger non parent de l'enfant.⁴¹ Pour justifier son argument, la juridiction s'était principalement appuyée sur les conséquences psychologiques déplorables de la séparation d'un enfant de sa mère, attestées par un certificat médical. En outre, la mère, qui n'est pas de religion musulmane, sera également déchue de la garde de son enfant.⁴² La mère qui a la garde peut être interdite de voyager avec l'enfant à l'extérieur du Maroc sans l'autorisation préalable du tuteur légal.⁴³

Si la réforme de 2004 a aboli l'annulation de la garde octroyée à la mère pour changement de résidence à l'intérieur du Maroc, l'article 178 confère au juge un pouvoir d'appréciation si le déménagement est susceptible de compromettre l'intérêt de l'enfant : « *Le changement de résidence, à l'intérieur du Maroc, de la femme qui assume la garde de l'enfant ou du représentant légal de ce dernier n'entraîne pas la déchéance de la garde, sauf en cas de motifs avérés pour le tribunal, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, des conditions particulières du père ou du représentant légal et de la distance séparant l'enfant de son représentant légal* ». ⁴⁴ Toutefois, l'examen de la jurisprudence démontre que l'interprétation du principe du meilleur intérêt de l'enfant en cas de changement de résidence dépend du raisonnement des juges. Ainsi, la Cour d'appel d'Agadir, dans un arrêt rendu en 2007, avait décidé que le seul fait pour la mère, titulaire du droit de garde, de retourner vivre en France après l'obtention d'un contrat de travail conséquent ne permettait pas de prononcer la déchéance de son droit à la garde, en l'absence d'éléments mettant en cause ses qualités de gardienne.⁴⁵ Si le tuteur légal est empêché d'exercer son contrôle, les juges peuvent considérer que l'intérêt de l'enfant commande son maintien auprès de lui. C'est le cas dans le rendu de l'arrêt de la Cour de Cassation de 2011.⁴⁶ Dans l'affaire d'une mère ayant élu domicile à l'étranger en abandonnant la garde de l'enfant à sa famille, ladite Cour a estimé que le père était, par ordre de priorité, plus à même d'assurer la garde de son enfant.

⁴⁰ Code de la famille de 2004. Article 175. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁴¹ Cour de Cassation. Numéro 598. Dossier numéro 371/2/1. 2008.

⁴² Code de la famille de 2004. Article 164. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁴³ Code de la famille de 2004. Article 179. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁴⁴ Code de la famille de 2004. Article 178. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁴⁵ Cour d'appel d'Agadir. Dossier numéro 40. 2007.

⁴⁶ Cour de Cassation. Dossier numéro 148/2/1. Numéro 51. 2011.

B- Le principe du meilleur intérêt de l'enfant malmené

Le principe fondamental du meilleur intérêt de l'enfant, tel que consacré par le droit international, a fait son entrée dans le Code de la famille de 2004 en vue de faire prévaloir les droits qui sont reconnus aux enfants dans la sphère familiale. L'article 54 qui énumère un grand nombre de dispositions, surtout en cas de dissolution des liens du mariage, est guidé par ce principe. Il affirme que l'enfant jouit du droit à la protection de sa vie, de sa santé, depuis la grossesse jusqu'à la majorité. Il a également droit à la préservation de son identité, notamment ses nom, prénom, nationalité et le droit d'être inscrit à l'état civil. L'enfant dispose également du droit à une filiation, au droit de garde, à la pension alimentaire et, si possible, l'allaitement par sa mère. Cependant, bien que le texte de 2004 se soit efforcé de prendre en compte les intérêts de l'enfant, d'importantes limites sont à signaler. À commencer par l'emprise des référentiels islamiques portant sur les droits des enfants définis dans le Covenant des droits de l'enfant en Islam⁴⁷ au détriment de celles consacrées par la Convention de New York de 1989 relative à la protection de l'enfance. Cette emprise explique la non-inscription explicite dans le Code de la famille de 2004 de l'intérêt supérieur de l'enfant dans son acception en tant que principe fondateur au sens de l'article 3 de la Convention de New York⁴⁸, ce qui empêche son invocation devant les tribunaux. Ceci concerne également le principe de non-discrimination consacré par l'article 2 de la Convention de New York.⁴⁹ La réflexion autour de l'enfant et son intérêt n'est pas absente du droit marocain. Elle y répond seulement à d'autres critères islamiques et à d'autres préoccupations qui ne sont pas ceux du droit international, bien que le Maroc ait ratifié la Convention de New York en 1993, entrée en vigueur en 1996. Or, le droit international de l'enfant contraste avec le droit musulman, qui privilégie une approche davantage orientée vers ses droits plutôt que vers ses intérêts.

Bien que négligé par le Code de la famille, le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant a été intégré dans le cadre de l'article 186 pour encadrer le droit de visite de l'enfant après rupture du mariage.⁵⁰ Ce principe dispose même d'un substrat jurisprudentiel, consacré par l'arrêt rendu en 2007 par la Cour de Cassation.⁵¹ Dans le cadre de cette affaire, la juridiction de Rabat a rejeté la demande d'un père réclamant la déchéance du droit de garde de la mère pour cause de remariage de celle-ci, après avoir pris en compte l'avis de l'enfant au regard de l'article 102 du Code. À l'issue des délibérations, la Cour de Cassation était parvenue à la conclusion selon laquelle l'intérêt de l'enfant était mieux satisfait par sa vie commune avec sa mère, son beau-père et sa demi-sœur. Dans une affaire similaire, la Cour de Cassation s'est appuyée sur le principe de l'intérêt de l'enfant entendu dans le sens de l'article 186 du Code de la famille, pour annuler la décision de la Cour d'appel qui avait confié la garde de l'enfant à la mère,⁵² bien que l'enfant, alors âgé de sept ans,

⁴⁷ Mohamed Amine El-Madani. La protection des droits de l'enfant au sein de l'Organisation de la Conférence Islamique. Institut des droits de l'homme de Lyon. Cahier spécial : parcours et réflexion, pp.121-135. 2006.

⁴⁸ Convention relative aux droits de l'enfant. Article 3. 1989. <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

⁴⁹ Convention relative aux droits de l'enfant. Article 2. 1989. <https://www.ohchr.org/fr/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

⁵⁰ Dyaa Sfendla. Couple et famille : études comparatives des systèmes juridiques français et marocain. Thèse de doctorat, Université de Toulon. 2016. Page 189. <https://theses.hal.science/tel-02485193/document>

⁵¹ Cour Suprême. Numéro 254. Dossier numéro 181/2/1/2005. 9 mai 2007.

⁵² Cour Suprême. Numéro 263. Dossier numéro 299/2/1/2006. 9 mai 2007.

menait une vie stable et harmonieuse auprès de son père depuis quatre ans, tandis que la mère, remariée à un non parent de l'enfant, n'avait plus rendu visite à son enfant durant toute cette période. Le jugement de la Cour de Cassation fût motivé par le choix de l'enfant de vouloir continuer à vivre avec son père. L'interprétation de l'article 186 par la jurisprudence a permis donc de conserver les droits de l'enfant et de faire prévaloir ses intérêts, bien que le texte de 2004 ne mentionne pas explicitement le concept de l'intérêt supérieur de l'enfant.

Aussi, le Code de la famille est muet quant au droit de l'enfant à la parole, contrairement au droit international, où l'enfant s'est vu reconnaître une autonomie croissante en matière de reconnaissance de ses droits et son association aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. Au regard de l'article 12 de la Convention de New York, l'enfant ne peut subir les décisions des adultes, fussent-ils ses parents ou un juge sans donner un avis : « *les États garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant ; les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité* »⁵³. Si le droit à la parole constitue en vertu du droit international des enfants un véritable droit subjectif, le droit marocain ne consacre la parole de l'enfant comme un droit dont il jouit dans les procédures le concernant qu'à partir de l'âge de 15 ans. L'article 166 alinéa 2 du Code de la famille dispose qu'« *en cas de rupture de la relation conjugale des parents, l'enfant peut, à l'âge de quinze ans révolus, choisir lequel de son père ou de sa mère assumera sa garde* ».⁵⁴ Le choix est donc laissé lorsque l'enfant est doué de discernement, de choisir auprès de qui il souhaite vivre, bien que la jurisprudence ait admis, sur le fondement de l'article 102 de l'ancien Code du statut personnel, que l'enfant peut choisir le lieu de sa résidence à partir de l'âge de douze ans.⁵⁵

III- Les problématiques inhérentes à l'établissement de la filiation

Le droit marocain de la filiation se réfère exclusivement à la conception islamique qui repose sur la primauté du nasab (la parenté au sens généalogique) au détriment de la bounoua (la filiation au sens stricte).⁵⁶ Il en va que le mariage, condition sine qua non, peut seul faire jouer pleinement la présomption de paternité à l'égard de l'enfant, ce qui met à mal l'intérêt de l'enfant à avoir une filiation et s'assurer une succession, bien que le Code de la famille laisse croire à une possible équivalence entre les moyens d'établissement de la filiation.

A- La persistance des discriminations du fait de la naissance

Le droit musulman classique affirme que l'enfant d'une femme mariée est légitimement rattaché au mari en vertu du principe (al waladou lil firach), qui octroie la légitimité à l'enfant né pendant

⁵³ Convention de l'ONU de 1989 relative aux droits de l'enfant. Article 12.

<https://www.cndp.ma/images/lois/Convention-droits-enfant-1989.pdf>

⁵⁴ Code de la famille de 2004. Article 166. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁵⁵ Cour Suprême. Numéro 348. Dossier numéro 627/2/1/2004. 31 mai 2006.

⁵⁶ Khaled Zaher. Conflit de civilisation et droit international privé. L'Harmattan. 2009, pp.62-68.

le mariage du couple, dans un délai de six mois après la conclusion de l'acte de mariage.⁵⁷ L'article 152 du Code de la famille⁵⁸ a repris à la lettre ce principe sacro-saint du droit musulman classique, en exigeant que la filiation paternelle découle des rapports conjugaux. En contrepartie, le droit musulman classique ne reconnaît pas l'enfant né de rapports sexuels hors mariage. L'article 148 du Code de la famille qui stipule : « *la filiation illégitime ne produit aucun des effets de la filiation parentale légitime vis-à-vis du père* »⁵⁹ veut que l'enfant issu de relations extra-conjugales ne puisse prétendre ni à un lien de filiation ni au droit à la succession. Le Code de la famille manifeste ainsi une tolérance zéro à l'égard de toute tentative de reconnaissance d'un enfant issu de relations hors mariage. Or, outre de mettre à mal l'intérêt de l'enfant à avoir une filiation, cette disposition contredit l'article 32 de la Constitution de 2011 qui affirme que « *l'État œuvre à garantir par la loi la protection de la famille sur les plans juridique, social et économique (...). Il assure une protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, abstraction faite de leur situation familiale* ». ⁶⁰ Si cet article oblige l'État à assurer une protection juridique et une égale considération sociale et morale à tous les enfants, cela doit passer, en principe, par la possibilité de leur permettre d'établir leur lien de filiation à l'égard du père, ou à entreprendre une action de recherche de paternité. Or, dans un arrêt rendu en 2008, la Cour de Cassation a fermement écarté cette possibilité, en soulignant qu'« *il n'est pas possible d'imposer au père une filiation hors mariage* ». ⁶¹ Enfin, l'interdiction d'établissement de la filiation aux enfants issus de relations extraconjugales est contraire à l'article 2 de la Convention de New York qui prohibe expressément les discriminations fondées sur le statut juridique des parents.

En outre, et pour que la présomption de la paternité demeure pérenne, l'article 151 assure que la filiation paternelle de l'enfant est établie par les rapports conjugaux si cet enfant est né au moins dans les six mois qui suivent la date de conclusion du mariage,⁶² tout en établissant le délai maximal de la grossesse à un an. Cette disposition puise ses fondements dans la doctrine des écoles juridiques islamiques qui considère tout enfant né du couple comme celui né six mois après la conclusion de l'acte du mariage. Néanmoins, le même article 151.1 exige que les rapports sexuels soient plausibles entre les époux,⁶³ sans définir ce qu'il convient d'entendre par « la possibilité des rapports », notamment en cas de rupture du mariage. Il faut dire que la terminologie et la conception du droit musulman classique sont patentes sur ce point. En effet, le droit musulman distingue en matière de rupture du mariage le divorce révocable et le divorce irrévocable, d'où la difficulté de déterminer le moment à partir duquel le délai d'un an commence à courir. La difficulté est particulièrement présente en droit marocain qui maintient la distinction classique du droit

⁵⁷ Dyaa Sfindla. Couple et famille : études comparatives des systèmes juridiques français et marocain. Thèse de doctorat, Université de Toulon. 2016. Page 427. <https://theses.hal.science/tel-02485193/document>

⁵⁸ Code de la famille de 2004. Article 152 http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁵⁹ Code de la famille de 2004. Article 148 http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁶⁰ Constitution marocaine de 2011. Article 32.

http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/constitution/constitution_2011_Fr.pdf

⁶¹ Cour de Cassation. Arrêt numéro 323, juin 2008.

⁶² Code de la famille de 2004. Article 154. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁶³ Ibid.

musulman entre le divorce révocable et le divorce irrévocable. Pour autant, un laps de temps considérable peut courir entre la cessation de la cohabitation et le prononcé définitif du divorce.⁶⁴

Les enjeux posés par l'établissement de la filiation de l'enfant né hors mariage sont cruciaux. C'est pourquoi le Code de la famille s'est efforcé d'étendre la catégorie des enfants légitimes, notamment en introduisant le concept des rapports sexuels par erreur (choubha). Cependant, l'article 156 dudit Code⁶⁵ prend le contrepied de cette disposition en la limitant aux fiançailles, par l'imputation de la grossesse au fiancé, à condition que la conception de l'enfant s'inscrive dans le cadre d'un projet de mariage. L'ambiguïté de la jurisprudence marocaine quant aux modalités d'établissement de la filiation paternelle issue des fiançailles accroît la vulnérabilité juridique de la fiancée. Ainsi, dans une affaire remontant à 2006, la Cour de Cassation avait souligné que la filiation légitime de l'enfant né des fiancés ne peut être établie que si les fiançailles sont connues des deux familles et après aveu des deux fiancés.⁶⁶ Or, dans une autre affaire tranchée en 2008, la même juridiction avait affirmé que la filiation paternelle ne peut être établie qu'après examen de la réalité du consentement des supposés fiancés.⁶⁷ Autant d'exemples qui dénotent les divisions de la jurisprudence marocaine sur ce point, sous-entendant que le droit marocain fait preuve de méfiance lorsqu'il s'agit de reconnaître la filiation légitime d'un enfant né de relations illicites.

B- Les défaillances des procédés d'établissement de la filiation paternelle

L'article 158 du Code de la famille a défini les modalités d'établissement de la filiation paternelle dans l'aveu du père, le témoignage, la preuve déduite du oui-dire et dans l'expertise judiciaire.⁶⁸ L'analyse desdites modalités d'établissement du lien de filiation révèle que celles-ci ne constituent pas des procédés autonomes et indépendants au service des intérêts individuels, bien que le Code de la famille laisse croire à une possible équivalence entre les moyens d'établissement de la filiation. S'agissant d'abord de l'aveu de la paternité, l'établissement de la filiation sur le seul aveu du père exacerbe la suprématie paternelle en matière d'autorité paternelle au regard du droit marocain, portant préjudice au droit fondamental de l'enfant à disposer d'une filiation, ainsi que de la vocation successorale qui pourrait lui échoir. D'après Mariam Monjid : « *cette condition qui n'est citée expressément ni par les codes de la famille ni par le droit musulman est simplement sous-entendue et déductible des conditions de l'aveu. Il va sans dire qu'elle est fortement paradoxale et énigmatique voire dissimulant une certaine hypocrisie* ». ⁶⁹

Ensuite, le témoignage est considéré par le droit musulman classique comme le deuxième mode de preuve permettant l'établissement de la filiation paternelle. Repris par le Code de la famille dans le cadre de l'article 168, la mise en application de ce mode de preuve dépend étroitement de

⁶⁴ Dyaa Sfindla, op.cit, p.428.

⁶⁵ Code de la famille de 2004. Article 156 http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁶⁶ Cour de Cassation. Dossier numéro 282/2/1/2006. 2006.

⁶⁷ Cour de Cassation. Dossier numéro 34/2/1/2007. 2008.

⁶⁸ Code de la famille de 2004. Article 158. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

⁶⁹ Dyaa Sfindla. Couple et famille : études comparatives des systèmes juridiques français et marocain. Thèse de doctorat, Université de Toulon. 2016. P.428. <https://theses.hal.science/tel-02485193/document>

l'appréciation des juges dont le référentiel est constitué principalement des règles de l'école juridique malékite. L'examen de la jurisprudence démontre même que la Cour de Cassation fait du témoignage un mode privilégié de reconnaissance de la filiation paternelle, d'une part par la prise en compte du témoignage de deux adouls ou, à défaut, d'un lafif (témoignage de 12 personnes) et, d'autre part, par la condition de l'existence préalable d'un mariage.

Enfin, et pour ce qui est du recours à l'expertise génétique, dans un arrêt rendu en 2006, la Cour de Cassation a considéré que l'expertise génétique était un moyen d'établissement de la filiation et de désaveu de paternité.⁷⁰ Cependant, l'évolution de la jurisprudence dénote un refus systématique des tribunaux marocains en procédant à une interprétation susceptible de faciliter l'établissement de la filiation, moyennant le recours à l'expertise génétique dans le cadre du concept juridique de la raison impérieuse. C'est ce qui ressort de l'arrêt de la Cour de Cassation de 2010, lorsque cette dernière a mis en évidence que le refus du père de se soumettre à l'expertise génétique ne constitue pas un indice probant permettant d'établir la paternité.⁷¹ Affinant son raisonnement dans le cadre du concept de la raison impérieuse, la Cour de Cassation a considéré que l'établissement du nasab doit répondre préalablement aux conditions posées par l'article 154 du Code de la famille avant de recourir à l'expertise génétique. D'après ce texte, la filiation de l'enfant est établie par al firach (le lit) s'il est « *né dans les six mois suivant la date de conclusion de l'acte de mariage au minimum et qu'il y ait eu possibilité de rapports conjugaux entre les époux, que l'acte de mariage soit valide ou vicié* »⁷², ou encore « *si l'enfant est né durant l'année qui suit la date de la séparation* ».⁷³ À la force d'attractivité de la présomption découlant du lit fait écho la nécessaire caractérisation de la raison impérieuse permettant d'établir la filiation de l'enfant né hors mariage. Ce raisonnement, symptomatique de l'esprit conservateur des magistrats, demeure constitutif, au regard des engagements du Maroc en vertu des normes internationales, d'une discrimination fondée sur la naissance.

C- Le maintien du serment d'anathème

Le mécanisme du serment d'anathème « li'an » correspond aux formules répudiatrices dans le droit musulman du Moyen-Âge.⁷⁴ Défini dans le verset 6-9 de la Sourate les Lumières, ce mécanisme donne à l'époux la possibilité de porter, d'une part, contre l'épouse, sans preuve juridique, une accusation d'adultère sans s'exposer à la pénalité fixée pour une telle accusation, et de repousser, d'autre part, la paternité d'un enfant né de son épouse. La procédure, telle que décrite dans le Coran, permet donc à l'époux d'accuser sa femme sans que cette accusation vaille automatiquement un désaveu de paternité.⁷⁵ Si l'épouse réfute l'accusation, l'époux doit prêter

⁷⁰ Cour de Cassation. Dossier numéro 2005/1/2/108. 2006.

⁷¹ Cour de Cassation. Dossier numéro 173/1/2/2009. 2010.

⁷² Ibid.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Nejmeddine Khalfallah. Formules répudiatrices dans le droit musulman au Moyen-Âge. Presses universitaires de France (PUF). Numéro 74. 2021, pp.45-62.

⁷⁵ Dyaa Sfindla. Couple et famille : études comparatives des systèmes juridiques français et marocain. Thèse de doctorat, Université de Toulon. 2016. P.435. <https://theses.hal.science/tel-02485193/document>

serment cinq fois afin de confirmer son accusation. Si l'épouse rejette toujours l'accusation, elle doit à son tour riposter cinq fois en niant les faits reprochés, sans que cela n'érode les accusations de suspicion qui l'entourent. La riposte permet, au mieux, de lui épargner la peine réservée aux fornicateurs.

Outre la priorité accordée à la parole de l'époux, l'attachement du Code de la famille dans le cadre de l'article 153 à un mécanisme réfractaire au changement et aux variations du temps historique peine à convaincre du point de vue juridique. Ce dernier ne s'accommode que très mal à l'environnement socio-juridique contemporain. N'ayant pas été réglementé à l'occasion des réformes, il est revenu à la jurisprudence, en l'occurrence au pouvoir d'appréciation des juges, de déterminer notamment le délai pendant lequel l'époux pouvait agir. Cependant, cette marge de liberté constituait un risque important. Notons toutefois que le Code de la famille mentionne expressément le serment d'anathème issu des préceptes coraniques aux côtés de la preuve génétique qui ne laisse pourtant plus de doute quant au véritable géniteur de l'enfant.

IV- Quelles réformes entrevoir ?

La révision de 2004 avait affaibli la charge politico-religieuse autrefois attachée au couple et à la famille comme éléments de construction de la société, au profit d'une nouvelle conception issue des textes internationaux des droits de l'homme privilégiant l'égalité entre les genres. Cette approche a permis de mettre en perspective la conception sociale et religieuse de l'ordre juridique familial marocain et les innovations introduites par le droit international. Cependant, à la lumière de deux décennies d'application du Code de la famille, certaines clauses ont montré leurs limites et seront examinées à travers une grille de lecture juridique, jurisprudentielle et sociale. Cette esquisse sera abordée à travers le prisme de l'universalité et abordera les questions suivantes : celle relative à la tutelle des enfants, la question de l'héritage, la polygamie, le mariage des mineurs, l'intérêt supérieur des enfants, le partage des biens matrimoniaux, le rôle de l'Ijtihad et le besoin d'un mécanisme extra-judiciaire de règlement des différends familiaux.

A- Instaurer la tutelle partagée en matière de droit de garde et de tutelle des enfants

La tutelle du père sur les enfants est l'une des questions majeures qui mérite un débat et une réforme substantielle, notamment à la lumière de l'esprit du Code de la famille de 2004 qui a mis l'accent sur le partage des responsabilités. Dans son article 4, il est stipulé : « *la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux* »⁷⁶. Or, dès l'annulation de l'acte de mariage, la direction devient du seul ressort de l'époux surtout lorsqu'il s'agit de la tutelle.

Le Conseil économique, social et environnemental (CESE) a d'ailleurs souligné ces incohérences et préjudices, particulièrement pour les enfants, appelant à des changements pour remédier à ces

⁷⁶ Code de la famille de 2004. Article 4. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

injustices et favoriser une meilleure harmonisation entre les droits nationaux et les engagements internationaux du Maroc. Le CESE rappelle que : « *les femmes ne peuvent être tutrices de leurs enfants. Dans les faits, la mère a la garde exclusive des enfants par défaut, sauf cas particuliers, et le père est considéré comme l'unique tuteur légal des enfants. Cette situation va à l'encontre des principes de partage entre les conjoints des responsabilités familiales, et notamment celle des enfants. Elle porte également préjudice aux droits et aux obligations des parents divorcés vis-à-vis de leurs enfants lorsque les conflits entre époux séparés se poursuivent. En plus, le droit de se remarier est sanctionné pour les femmes par la perte de la garde des enfants, sauf dans des cas exceptionnels*». ⁷⁷

Le Code de la famille, en accordant la tutelle légale au père, crée des incohérences et des problèmes pratiques pour la mère qui, bien que garante, se trouve privée des pouvoirs nécessaires pour assumer pleinement cette responsabilité. En cas de conflit entre les parents, l'enfant subit des préjudices dommageables (blocage au niveau des documents de voyage, passeport, visa, dotation...). Le recours de la mère à la justice reste la solution. Cependant, ce recours pose une double problématique, d'une part les lois discriminatoires sont à la base de la situation d'injustice et, d'autre part, la multiplicité et la lenteur des procédures judiciaires et les déviations dans la mise en œuvre des lois, d'ailleurs soulignées par la plus haute autorité de l'État, en plus du coût financier que cela peut engendrer, sont de nature à décourager les femmes à ester en justice et les poussent à abandonner la revendication de leurs droits. Ces faits affectent les femmes, leur carrière, leur bien-être et par conséquent celui de leur famille. Ceci a une incidence sur le taux de participation économique des femmes qui affiche une baisse de plus en plus inquiétante, et ce, depuis 2010. Ce dernier est passé de 23,4 % en 2010 à moins de 20 % en 2022. ⁷⁸ D'après la Banque mondiale (BM), le taux de participation des femmes au Maroc à la population active reste l'un des plus bas du monde. ⁷⁹

Dans un rapport du Conseil supérieur du pouvoir judiciaire, il est indiqué que : « *les affaires du droit familial représentent un pourcentage important parmi les dossiers traités par les tribunaux. En effet, sur un total de 5.659.838 affaires civiles traitées entre 2017 et 2021, 40,41% sont liées au droit familial, soit 2.287.252. Dans le détail, le mariage représente l'un des sujets les plus traités malgré les fluctuations enregistrées au niveau des demandes de notifications auprès des tribunaux. Ces dernières étaient en hausse en 2017 avec plus de 1.179.232 demandes, puis elles ont baissé en 2019 et 2020 avant d'augmenter à nouveau en 2021 avec un total de 256.547 demandes* ». ⁸⁰

⁷⁷ Le CESE préconise une révision ambitieuse du Code de la famille qui soit en mesure de protéger les femmes et garantir leurs droits. <https://www.cese.ma/le-cese-preconise-une-revision-ambitieuse-du-code-de-la-famille-qui-soit-en-mesure-de-protger-les-femmes-et-garantir-leurs-droits/>

⁷⁸ Youssef El Jai. « Célébrer le 8 mars c'est bien, privilégier l'action c'est encore mieux : stimuler la participation économique de la femme marocaine ». Opinion. Policy Center for the New South. Mars 2023. <https://www.policycenter.ma/publications/celebrer-le-8-mars-cest-bien-privilegier-laction-cest-encore-mieux-stimuler-la>

⁷⁹ World Bank. Morocco: Exploring women's low labor force participation. 2021. <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/morocco-exploring-womens-low-labor-force-participation>

⁸⁰ Le Matin. Code de la famille : les affaires devant les tribunaux, une jauge pour la réforme. Octobre 2023. <https://lematin.ma/societe/code-de-la-famille-les-affaires-aux-tribunaux-une-jauge-pour-la-reforme/194027#:~:text=Ainsi%2C%20selon%20ce%20rapport%2C%20les,%2C%20soit%20donc%202.287.252.>

La question de la tutelle sur les enfants au Maroc suscite des préoccupations majeures en termes de droits et d'égalité parentale. Comme on l'a exploré plus haut, la loi accorde la garde des enfants à la mère par défaut, sauf dans des circonstances exceptionnelles, tandis que le père est considéré comme l'unique tuteur légal. Cette disposition légale contrevient aux principes de responsabilité partagée entre les parents, particulièrement en ce qui concerne l'éducation et le bien-être des enfants. Elle peut également aggraver les conflits entre parents divorcés et affecter négativement les relations familiales.

Une des conséquences les plus contestées de cette législation est la perte potentielle de la garde des enfants par la mère en cas de remariage, une condition qui n'est pas appliquée au père. Cette différence de traitement entre les sexes est non seulement discriminatoire mais va également à l'encontre de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui, souvent, bénéficie mieux de l'éducation maternelle. De plus, cette situation est incompatible avec les valeurs de l'Islam et les conventions internationales.

Dans ce contexte, on souligne la nécessité d'une réforme substantielle pour permettre un partage des responsabilités et garantir le bien-être de l'enfant. Plusieurs recommandations peuvent être formulées pour réformer le Code de la famille et garantir une plus grande équité et protection pour tous les membres de la famille :

- instaurer la tutelle partagée : il est primordial que la tutelle soit une responsabilité conjointe des deux parents. La mère ne devrait pas être réduite à un rôle de gardienne. La tutelle partagée permettrait de valoriser le rôle parental de chaque parent et de renforcer les mesures de protection de l'enfant contre tout abus potentiel ;
- abroger la condition de perte de garde en cas de remariage de la mère : cette règle discriminatoire doit être supprimée pour s'assurer que l'intérêt de l'enfant reste la priorité, indépendamment du statut matrimonial de la mère ;
- simplifier les procédures judiciaires : les tribunaux de la famille sont surchargés par les affaires de litiges conjugaux. Simplifier ces procédures, notamment celles réglant le divorce, allégerait le fardeau des justiciables, réduirait les coûts et accélérerait les processus pour le bien-être des enfants et des parents ;
- renforcer le pouvoir des juges : accorder aux juges de la famille davantage de prérogatives et de flexibilité dans la gestion des affaires de tutelle et de garde pourrait contribuer à une meilleure prise en compte des intérêts de l'enfant et de l'égalité entre les parents. L'introduction d'une évaluation socio-économique de la situation des parents est requise pour adapter les décisions aux besoins réels de l'enfant.

Ces réformes sont essentielles pour protéger les droits des femmes, garantir l'égalité entre les parents et assurer le bien-être et la sécurité des enfants. Elles nécessitent une volonté politique forte et un engagement envers les principes de justice et d'égalité.

B- Soumettre la parité successorale au régime de l'autonomie de la volonté

La question de l'héritage dans le contexte marocain est étroitement encadrée par les préceptes de la charia, comme en témoignent les versets coraniques de la sourate "An-Nisa/Les femmes". Ces versets établissent des parts spécifiques pour les hommes et les femmes, instituant ainsi une différence dans le droit successoral en faveur des hommes. Bien que certains considèrent ces prescriptions comme immuables, la réforme du Code de la famille en 2004 a démontré la capacité d'adaptation de la jurisprudence islamique aux réalités contemporaines, en introduisant le concept de testament/legs obligatoire pour les petits-enfants du côté maternel, une avancée notable bien que limitée.

Malgré cette ouverture, l'inégalité entre filles et garçons dans le droit successoral persiste, révélant la nécessité d'une révision plus profonde pour parvenir à une équité entière. Vingt ans après cette réforme, un mouvement croissant plaide pour une égalité totale entre hommes et femmes, y compris dans le domaine de l'héritage. Une des pistes à explorer sera de soumettre la parité successorale au régime de l'autonomie de la volonté, en la laissant au bon vouloir des familles.

La résistance à la réforme de l'héritage repose souvent sur l'interprétation des textes sacrés et le rôle traditionnellement attribué aux hommes comme pourvoyeurs. L'article 194 du Code de la famille stipule que « l'époux doit pourvoir à l'entretien de son épouse dès la consommation du mariage. », notion qui s'érode face à l'évolution de la structure familiale et la participation croissante des femmes à la vie active et remettant en question les fondements de l'inégalité successorale. Les statistiques du HCP mettent en évidence une augmentation significative des ménages dirigés par des femmes. Dans son enquête de 2019, le HCP propose une étude détaillée de portée nationale. On y apprend ainsi que « La part des ménages dirigés par des femmes au Maroc a atteint 17 % en 2022. Ce taux est de 19,4 % en milieu urbain et de 11,4 % dans les zones rurales. À ces ménages pris en charge par des femmes, il faut ajouter le secteur informel où la femme assume une responsabilité non reconnue ainsi que la charge de plusieurs membres de la famille. Ceci étant dit, les femmes actives participent sur un même pied d'égalité avec leurs époux dans la prise en charge de leurs foyers, ce qui vide en partie l'article 194 du Code de la famille de sa substance et interroge sur les finalités et les sagesse de la répartition de l'héritage en Islam.

Une autre réalité omise est celle de l'entretien, par l'épouse, outre l'époux, des enfants et parfois même des personnes âgées ou des membres de la famille. Les tâches domestiques ainsi que l'éducation des enfants constituent des contributions substantielles mais n'étant ni reconnues comme activités productives ni valorisées par la loi. Elles maintiennent l'épouse dans un statut de subordination par rapport à l'époux.

La question du Ta'sib, sans ancrage direct dans le Coran, soulève des interrogations sur la possibilité d'explorer d'autres courants juridiques outre que le malékisme, comme le Jaâfarisme, ou d'adopter des approches jurisprudentielles innovantes pour corriger les déséquilibres. Le Code de la famille fait référence à la jurisprudence malékite mais ouvre la porte à l'Ijtihad, suggérant la

possibilité d'une évolution vers des interprétations plus équitables en phase avec les principes de justice et d'égalité de l'Islam. Alors que la Sourate 4, verset 11 du texte coranique souligne que la part d'un fils est équivalente à celle de deux filles, le théologien réformiste tunisien Tahar Haddad affirme que ce verset ne constitue pas un dogme puisque le Coran contient également des versets égalitaires qui disposent : « *qu'aux hommes revient une part de ce qu'ont laissé les père et mère ainsi que les proches ; et aux femmes une part de ce qu'ont laissé les père et mère ainsi que les proches, que ce soit peu ou beaucoup : une part fixée* ». ⁸¹ Tahar Haddad, fervent défenseur d'une refonte du droit musulman dans le sens de la promotion d'une égalité des sexes, affirme que : « *comme il fut possible à la loi musulmane de décréter l'abolition de l'esclavage, en s'appuyant sur le but libéral de cette décision, il peut en être de même pour établir l'égalité entre l'homme et la femme sur les plans de la vie pratique et aux yeux de la loi* ». ⁸²

Pour sa part, Asma Lamrabet soutient que le Coran, loin d'être discriminant, offre aux femmes et aux hommes héritiers « *l'égalité dans les parts [...], quelle que soit l'importance de cette succession* ». ⁸³ Pour appuyer son affirmation l'essayiste se réfère aux deux versets du Coran : « *Il revient aux héritiers hommes une part (nassib) dans l'héritage laissé par leurs parents ou leurs proches, de même qu'il revient aux femmes une part (nassib) dans l'héritage laissé par leurs parents ou leurs proches, et ce, quelle que soit l'importance de la succession, cette quantité est une obligation (nassiban mafroudan) (4 ; 7)...et N'enviez pas les faveurs par lesquelles Dieu a élevé certains d'entre vous au-dessus des autres ; aux hommes reviendra la part (nassib) qu'ils auront méritée par leurs œuvres et aux femmes reviendra la part (nassib) qu'elles auront méritée par leurs œuvres (4 ;32)* ». ⁸⁴ En outre, dans son rapport « État de l'égalité et de la parité au Maroc », présenté en 2015, le Conseil national des Droits de l'homme a pointé du doigt les discriminations successorales qui contribuent à accroître la vulnérabilité économique des femmes, appelant les institutions de représentation démocratique à décréter la parité successorale afin de conformer la législation à la Constitution et aux conventions internationales signées par le Maroc pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. ⁸⁵ Dans cette perspective, la Présidente du CNDH considère que les inégalités successorales contenues dans le texte de 2004 ne reflètent pas les principes d'équité énoncés dans d'autres dispositions du même texte ⁸⁶. Dans la même veine, l'érudit Mohamed Abdelouahab Rafiki insiste sur l'importance de repenser la règle du taasib, tout en généralisant le testament, dans la perspective de s'approprier l'équité successorale. ⁸⁷

⁸¹ Coran. Sourate 4. Verset 7.

⁸² Tahar Haddad. Notre Femme dans la charia et la société. : plaidoyer pour une réforme sociétale.

⁸³ Marlène Panara. Maghreb - Droits des femmes : le long chemin de l'égalité dans l'héritage. Le Point. 2019. https://www.lepoint.fr/afrique/maghreb-droits-des-femmes-le-long-chemin-de-l-egalite-dans-l-heritage-08-03-2019-2299249_3826.php

⁸⁴ Asma Lamrabet. L'héritage : relecture des versets. <http://www.asma-lamrabet.com/articles/l-heritage-relcture-des-versets/>

⁸⁵ Conseil national des droits de l'homme. État de l'égalité et de la parité au Maroc : préserver et rendre effectifs les finalités et objectifs constitutionnels. 2015. http://www.cndh.ma/sites/default/files/cndh_-_r_e_web_-_parite_egalite_fr_.pdf

⁸⁶ Sara Ibriz. Droit des successions : la règle du taasib n'émane ni du Coran ni de la Sunna. Medias24. 2022. <https://medias24.com/2022/06/23/droit-des-successions-la-regle-du-taasib-nemane-ni-du-coran-ni-de-la-sunna-abou-hafs/>

⁸⁷ Ibid.

C- Criminaliser la polygamie

Interdite dans une grande partie du monde, la polygamie reste pratiquée au Maroc de façon encadrée, pour des motivations tant religieuses que personnelles. Si la relation polygame peut être vécue de façon sereine par certaines personnes, elle est souvent associée à plusieurs problèmes psychologiques, juridiques et socioéconomiques, qui peuvent être compris comme des arguments en faveur de sa criminalisation. Tout d'abord, s'agissant des répercussions psychologiques de la polygamie, la rivalité entre les conjointes peut amener une grande détresse psychologique. Dans certains cas, la hiérarchisation des conjointes, en fonction de leur rang, du nombre d'enfants auxquels elles ont donné naissance ou simplement des préférences du mari, amène tant l'inégalité de traitement que les conflits qui en découlent. La menace de voir son époux se remarier est également un facteur de stress et de dévalorisation importants. Des exemples d'entente entre plusieurs conjointes, qui peuvent s'entraider et tisser des liens solides, existent également.

Les limites juridiques de la polygamie constituent l'exemple atypique des menaces qui ne cessent de croître sur les parties juridiquement vulnérables. D'abord, se pose l'épineux sujet du consentement de l'épouse. En effet, la polygamie peut être pratiquée en l'absence de choix libre de la part des femmes. L'éducation religieuse, la culture et les pressions sociales peuvent amener une femme à accepter de vivre dans une union polygame ou même à souhaiter une telle union. Ensuite, la polygamie soulève la question d'égalité entre les sexes, dans la mesure où les unions polygames dans l'ordre juridique familial marocain regroupent un homme et quatre femmes au maximum. L'homme a donc le bénéfice d'avoir plusieurs conjointes, mais les femmes doivent se partager un seul conjoint. Une telle asymétrie dans l'union conjugale amène à un questionnement sur le caractère discriminatoire de la polygamie et le principe d'égalité entre les sexes. Enfin, les femmes et les enfants vivant au sein de familles polygames peuvent être victimes de violence, tant physique que sexuelle. Le caractère clandestin de la situation familiale peut alors se poser comme un obstacle à la décision des victimes de porter plainte pour voies de fait ou pour agression sexuelle. Des unions arrangées entraînent des relations sexuelles qui sont criminelles. C'est pourquoi la Commission des droits humains de l'ONU ainsi que le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, estiment que les mariages polygames constituent une discrimination vis-à-vis des femmes et ont recommandé leur interdiction.

Enfin, comme la polygamie se pratique souvent dans une logique patriarcale où la femme est davantage associée aux tâches domestiques, l'homme assume la responsabilité d'assurer les ressources économiques nécessaires à une famille, souvent très nombreuse, car composée de plusieurs femmes ayant donné naissance généralement chacune à plusieurs enfants. Le statut socioéconomique des familles polygames est en conséquence souvent moins élevé que celui des familles monogames. Certains autres enjeux concernent plus particulièrement les conditions de vie des enfants qui grandissent dans de telles familles. Souvent plus nombreux que les enfants issus de familles monogames, ils sont généralement moins scolarisés, plus défavorisés socioéconomiquement et plus fragiles psychologiquement. Pour toutes ces raisons, la polygamie doit être criminalisée.

D- Criminaliser le mariage des enfants

Le mariage étant une affaire sérieuse, la capacité de convoler ne peut être conférée de manière inconsidérée. Celle-ci suppose la liberté d'y consentir, et un discernement suffisant pour en mesurer les conséquences. C'est la raison pour laquelle elle n'est pas en principe accordée aux mineurs, dont la maturité et l'autonomie de décision sont jugées insuffisantes. Le mariage des mineurs, ou mariage d'enfants, est largement reconnu comme une pratique socioculturelle néfaste, à la fois cause et résultat de violations des droits de la personne humaine. Défini comme le mariage ou la cohabitation avant l'âge de 18 ans, le mariage des mineurs dénie le droit de l'enfant à l'autonomie, à vivre à l'abri de la violence et de la contrainte, et à l'éducation. Il met en danger la santé de la fille, sans compter que les enfants de mères adolescentes sont défavorisés dès la naissance, perpétuant ainsi le cycle de la pauvreté et de la privation relative.

Alors que la capacité matrimoniale au Maroc est fixée à 18 ans, le mariage des mineurs persiste, favorisé par le pouvoir de dérogation accordé aux juges. Or, la marge d'appréciation laissée à ces derniers se contredit avec les engagements du Maroc au regard du droit international, en l'occurrence la convention relative aux droits de l'enfant qui définit clairement un enfant comme une personne de moins de 18 ans, ou encore la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant de 1990, qui requiert la capacité matrimoniale à l'âge de 18 ans, tout en appelant à des mesures appropriées pour éliminer cette pratique. Le pouvoir d'appréciation laissé aux juges en matière d'octroi de dérogation relative au mariage des mineurs, outre sa vocation à se généraliser, restreint le droit des enfants à l'éducation, met leur santé en péril et entrave les efforts de développement national. Parmi les mesures qui peuvent être entreprises en matière de lutte contre le mariage des mineurs, figure d'abord la fixation de l'âge minimum du mariage à 18 ans, l'abolition de la procédure de dérogation permettant aux juges d'homologuer les mariages précoces, l'instauration de l'obligation de l'enregistrement de tous les mariages, et le bannissement des mariages coutumiers.

Notons à cette fin que le Conseil économique, social et environnemental, dans une recommandation émise en 2019, avait tiré la sonnette d'alarme sur la persistance du mariage des mineurs, en affirmant que : *« le législateur, en dérogeant aux normes qu'il a lui-même fixées en matière de mariage, a créé en même temps de la confusion et des antinomies dans les lois qui affaiblissent la protection juridique des enfants (...) les antinomies dans les textes, associées à l'attribution aux juges de larges pouvoirs discrétionnaires, sont source de jugements différents pour des cas similaires, de discriminations et d'iniquités à l'égard des enfants et des femmes »*.⁸⁸ En 2023, l'institution consultative a recommandé de supprimer la dérogation permettant le mariage des mineurs, en plaçant la lutte contre ce fléau sous l'angle de l'intérêt supérieur de l'enfant, conformément aux textes internationaux.⁸⁹

⁸⁸ Conseil économique, social et environnemental.: que faire face à la persistance du mariage des enfants au Maroc. 2019. <https://www.cese.ma/media/2020/10/Que-faire-face-%C3%A0-la-persistance-du-mariage-d%E2%80%99enfants-au-Maroc.pdf>

⁸⁹ Conseil économique, social et environnemental: le mariage des mineurs et son impact sur leurs conditions socio-économiques (en arabe). 2023. https://www.cese.ma/media/2024/02/SA-C3-2023-35-a_2.pdf

E- Incorporer le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le régime juridique de l'enfance

Tout d'abord, une question : le droit international et le droit marocain appréhendent-ils les droits des enfants de la même manière ? Il s'agit en fait de deux approches différentes. La première reconnaît les seules normes juridiques qui favorisent l'évolution et la transformation de la règle de droit dans l'objectif de suivre l'évolution sociale ; et une seconde qui demeure attachée aux normes traditionnelles et à une spécificité juridique qui limite sa métamorphose dans de nombreuses questions relatives au régime juridique de l'enfance. En effet, la Convention de New York sur les droits des enfants est le reflet de l'évolution du droit qui marque le passage d'un droit objectif en tant qu'ordre juridique général, à une prérogative individuelle dont l'objectif est de répondre aux intérêts personnels, puis aux droits de l'homme revendiqués pour, enfin, aboutir à une protection spécifique à l'enfant visant à concrétiser un nombre de principes fondamentaux, en l'occurrence la non-discrimination, le droit à la vie, à la survie et au développement, le droit à la participation et surtout le principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant qui constitue la pierre angulaire du régime juridique de la protection de l'enfance en droit international. C'est ce principe novateur que le texte a consacré à travers l'article 3-1 qui dispose que : « *Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale* ». ⁹⁰ ». Cette disposition accorde à cet intérêt une place primordiale dans l'ensemble des dispositions du texte international.

Dans la cadre de l'ordre familial marocain, l'évolution des droits de l'enfant et la prise en considération de son intérêt supérieur requièrent une certaine spécificité relative au contexte historique, social et religieux du pays. L'adhésion du Maroc à la Convention de New York a engagé le Royaume dans un processus de modernisation et de prise en considération des droits de l'enfant depuis la ratification par Rabat de cet instrument international en 1993. Ratification qui n'a toutefois pas permis la transformation systématique du droit marocain, plus précisément le droit de la famille qui est doté d'un particularisme juridique qui le catégorise comme une branche de droit à part entière dans la mesure où il demeure un domaine sous le prisme du droit musulman. Or, la difficulté de concilier entre un droit positif à caractère moderne et un droit traditionnel de référence religieuse est un travail qui consiste à équilibrer, d'une part, entre l'individuel et le collectif et, d'autre part, entre l'universel et le spécifique. L'effort fourni par le législateur dans l'introduction des principes de la Convention de New York est clairement constaté dans la réforme du Code de la famille de 2004 qui a, pour la première fois, adopté des principes ayant permis la modification ou l'élaboration de nouvelles règles qui aspirent à la concrétisation des quatre principes de la Convention de New York dans le texte national. En revanche, il faut admettre qu'il existe bien des limites en matière de transposition des dispositions de la Convention New York dans l'ordre juridique familial marocain. Cette Convention a fortement influencé l'évolution des droits de l'enfant en droit de la famille dont les limites inhérentes à la spécificité de ce droit ont

⁹⁰ Convention de l'ONU de 1989 relative aux droits de l'enfant. Article 3.1
<https://www.cndp.ma/images/lois/Convention-droits-enfant-1989.pdf>

engendré des problèmes méconnus jusqu'alors. Cette question de limites se manifeste spécialement dans la prise en considération de la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant, devenu aujourd'hui un principe fondateur de la famille contemporaine.

Ainsi, l'intérêt supérieur de l'enfant doit constituer le paradigme dominant du régime juridique de la protection de l'enfant au Maroc. Consacrée par l'article 3.1 de la Convention de New York, l'observation numéro 14 formulée en 2014 par le Comité des droits de l'enfant stipule : « *le droit de l'enfant à avoir son intérêt supérieur pris en compte de façon primordiale, a permis de cerner les contours du principe fondamental de l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Ce dernier est défini par la prise en considération et l'établissement d'un lien entre ce principe et les autres principes généraux de la Convention, notamment la non-discrimination, le droit à la vie, à la survie et au développement, et le droit à la participation. Le Comité admet par ailleurs la participation d'autres éléments à la garantie de cette prise en considération, notamment : « *les opinions de l'enfant, son identité, la filiation, la préservation de l'environnement familial et le maintien des relations, les soins, la protection et la sécurité de l'enfant, sa situation de vulnérabilité, et son droit à la santé et à l'éducation sont des éléments fondamentaux de l'évaluation et de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant* ».⁹¹ Ces éléments doivent nécessairement être incorporés dans l'ordre juridique familial marocain. Dans la pratique, le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être pris en compte en tant que concept triple : un droit substantiel, un principe juridique fondamental et une règle de procédure. D'abord, la conception substantielle obligera les tribunaux à tenir compte de l'intérêt supérieur de l'enfant, à le considérer comme une partie primordiale lorsque des intérêts différents sont pris en compte et à ce que les droits soient mis en œuvre chaque fois qu'une décision affecte un enfant marocain. La conception juridique fondamentale exige de choisir la disposition juridique qui sert le plus efficacement l'intérêt supérieur de l'enfant au cas où une disposition juridique est sujette à plusieurs interprétations, ce qui exige que l'impact éventuel (positif et négatif) soit évalué. Enfin, la règle de procédure suppose d'introduire un recours systématique aux tribunaux à chaque fois que l'intérêt supérieur de l'enfant est remis en cause.

F- Réviser le régime de partage des biens en s'inspirant du régime des acquêts

Le Code de la famille de 2004, dans un souci d'équité, a cherché à protéger les droits économiques de l'épouse en cas de dissolution du lien conjugal en instaurant le principe de partage des biens acquis durant le mariage, selon des conditions particulières. Cependant, ce principe s'est heurté aux difficultés de mise en place d'un cadre juridique clair et complet en matière de répartition des biens acquis pendant le mariage et de garantir aux époux des solutions appropriées en ce qui concerne la sécurité juridique, la prévisibilité, la flexibilité et l'équité dans le partage. Dans cette perspective, il est important de s'inspirer des lois et procédures des pays où le partage des biens

⁹¹ Committee on the Rights of the Child. Convention on the Rights of the Child. General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration. 2013. https://bice.org/images/pieces-jointes/PDFs/3.plaidoyer/1.actualites_plaidoyer/CRC_C_GC_14_ENG.pdf

a fait ses preuves. Dans une grande majorité de pays, il existe des règles concernant les principes fondamentaux et /ou le fonctionnement particulier des relations patrimoniales, pécuniaires et personnelles entre époux, dont l'objectif principal est de protéger les époux tant dans leurs rapports entre eux que vis-à-vis des tiers.⁹² Quelle que soit leur dénomination, l'essentiel est que ces règles entendent établir les droits et devoirs des époux (selon le principe d'égalité et de solidarité entre eux) de façon impérative. Ces règles, qui se trouvent normalement dans ces régimes, ont trait à l'obligation de contribuer aux charges du mariage ou de s'engager de façon solidaire aux dettes du ménage, à la protection du logement familial, à l'exercice d'une profession par un époux, aux comptes bancaires et coffres détenus par les époux, à la représentation entre les époux et à la protection contre les actes d'un époux qui mettent en péril les intérêts patrimoniaux de la famille.⁹³ Ces règles reposent sur la notion « d'intérêt de la famille » et essaient de rétablir un juste équilibre entre la situation des époux pendant le mariage et les tiers créanciers.⁹⁴

Le régime ordinaire de la participation aux acquêts se rapproche le plus de l'esprit de l'article 49. Il comprend les acquêts et les biens propres de chacun des époux. Il met sur un pied d'égalité l'époux et l'épouse et s'applique à ceux et celles n'ayant pas conclu de contrat de communauté de biens ou de séparation de biens ou qui n'ont pas été soumis à une séparation judiciaire des biens.⁹⁵ Dans le cadre de ce régime et durant le mariage, chaque époux a l'administration, la jouissance et la disposition des biens détenus au moment du mariage ainsi que de ceux qu'ils ont acquis depuis.⁹⁶ Lors de la dissolution du mariage, chaque époux acquiert un droit à la moitié des acquêts nets de son conjoint ou une part différente de la moitié mais définie d'un commun accord dans un contrat.⁹⁷ Il est donc important d'étudier de plus près les composantes de ce régime, son mode de fonctionnement et les dispositions sur lesquelles il est bâti ; définir de façon précise les notions de patrimoine, de biens propres, d'acquêts, examiner les modes de liquidation du régime matrimonial (les preuves, les délais, les formes contractuelles de partage des biens).⁹⁸

G- Lever l'interdiction aux Marocaines d'épouser des non-musulmans

L'interdiction du mariage entre les citoyennes marocaines et les non-musulmans nous conduit à mesurer l'importance que revêt le principe d'égalité dans l'ordre juridique marocain. D'un point de vue juridique, cette interdiction viole le principe d'égalité des droits et des libertés entre citoyens et citoyennes, objet de l'article 19 de la Constitution de 2011, les hommes ayant, eux, le droit d'épouser une non-musulmane. Aussi, parce qu'elle bafoue le principe de liberté de conscience. L'interdiction contredit en outre nombre de conventions internationales ratifiées par

⁹² Larabi Jaidi. Humaniser le divorce : où en est la question du partage des biens ? Dans le leadership féminin au Maroc : de l'invisibilité à la visibilité. Policy Center for the New South. P.127.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid.

⁹⁷ Ibid.

⁹⁸ Ibid.

le Maroc, dont notamment celle de l'ONU sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. En matière d'exercice du droit au mariage, le principe d'égalité énoncé par l'article 19 demeure plus formel que réel. Or, ce principe doit obliger le législateur et lui imposer de lutter contre toutes les formes de discrimination. Il s'agit de se servir de la loi comme d'un outil parmi d'autres pour créer les conditions permettant aux femmes d'avoir les mêmes droits que les hommes en matière d'exercice du droit au mariage. Elle permettra notamment d'aligner les droits des citoyennes marocaines sur ceux des hommes.

D'après une prescription stricto sensu, un non-musulman souhaitant épouser une Musulmane doit se convertir à l'Islam, alors qu'un Musulman peut se marier avec une non-musulmane sans renoncer à sa religion. Il s'agit même d'une question de l'ordre du tabou, très rarement débattue au sein des sociétés musulmanes contemporaines.⁹⁹ S'appuyant sur les travaux de l'exégète Ibn Achour Mohamed Tahar Ben Achour (1879-1973), Asma Lamrabet affirme que l'interdit religieux du mariage d'une Musulmane avec un non-musulman, notamment Juif ou Chrétien, ne découle ni du Coran ni des traditions prophétiques.¹⁰⁰ Elle s'appuie à cette fin sur le verset 221 de la sourate II, prescrivant aux Musulmans comme aux Musulmanes d'épouser des croyants (mouminîne), ce qui inclut donc les Gens du Livre (Ahl al-Kitâb) en référence aux Juifs et aux Chrétiens, et interdisant aux Musulmans et aux Musulmanes de se marier avec des polythéistes (mouchrikîne).¹⁰¹ Et Asma Lamrabet de poursuivre en soulignant que l'interdiction frappant le mariage des Musulmanes avec les non-musulmans découle d'un argumentaire développé par la communauté des oulémas durant les premiers temps de l'avènement de l'Islam dans le cadre de l'Ijmaa.¹⁰² Or, l'Ijmaa est une source de légitimation seconde.

H- Réinventer l'Ijtihad

La réforme de 2004 a été une étape majeure tant sur le plan juridique que social, visant à aligner le droit familial marocain sur les normes internationales tout en restant fidèle aux principes de l'Islam. Cette réforme a mis l'accent sur la stabilité et l'harmonie de la cellule familiale, considérée comme le fondement de la société marocaine. Cependant, l'article 400 stipule : « *Pour tout ce qui n'a pas été expressément énoncé dans le présent Code, il y a lieu de se référer aux prescriptions du Rite Malékite et/ou aux conclusions de l'effort jurisprudentiel (Ijtihad), aux fins de donner leur expression concrète aux valeurs de justice, d'égalité et de coexistence harmonieuse dans la vie commune, que prône l'Islam* ». ¹⁰³ Cette référence au rite Malékite pour les cas non prévus par le Code introduit une certaine ambiguïté susceptible d'entraîner des interprétations diverses, pouvant potentiellement affaiblir l'impact de cette réforme essentielle.

⁹⁹ Asma Lamrabet. Les femmes musulmanes n'ont pas le droit de se marier avec des non-musulmans ? Islam et Femmes : les questions qui fâchent. 2021. P.147.

¹⁰⁰ Ibid. P.155.

¹⁰¹ Nadia Lamlili. Islam : et Dieu libéra la femme. Jeune Afrique, 2014.

<https://www.jeuneafrique.com/133379/societe/islam-et-dieu-lib-ra-la-femme/>

¹⁰² Asma Lamrabet. Les femmes musulmanes n'ont pas le droit de se marier avec des non-musulmans ? Islam et Femmes : les questions qui fâchent. 2021. P.154.

¹⁰³ Code de la famille de 2004. Article 400. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

La référence à l'Ijtihad dans l'article mentionné ci-dessus semble avoir été négligée, ce qui n'a pas permis de dynamiser l'application ou l'évolution du Code de la famille pour qu'il réponde aux changements de la société marocaine. Cette situation témoigne d'une tendance conservatrice, particulièrement au sein de l'appareil juridique marocain, et représente un obstacle significatif à l'innovation et au progrès. La question cruciale demeure : qui devrait assumer la responsabilité de l'Ijtihad ?

Le Maroc dispose d'institutions religieuses prestigieuses, placées sous la haute autorité de Sa Majesté le Roi, en sa qualité d'Amir Al-Mouminine, Commandeur des Croyants. Parmi elles, le Ministère des Habous et des Affaires Islamiques, le Conseil Supérieur des Oulémas, qui a pour mission de fournir des consultations religieuses (fatwas) sur les questions qui lui sont soumises, et la Rabita Mohamadia des Oulémas, dédiée à enrichir la vie scientifique et culturelle dans le domaine des études islamiques, en mettant un accent particulier sur la doctrine Malékite. Dar El Hadit El Hassania se concentre sur la formation avancée des oulémas et des chercheurs en sciences islamiques, en promouvant la recherche. Ces institutions jouent un rôle vital dans l'interaction avec le monde académique et universitaire. Un effort collaboratif et un dialogue constructif pourraient favoriser des progrès réduisant le fossé entre conservateurs et modernistes, à condition qu'une volonté politique soutienne cette synergie pour qu'elle soit fructueuse.

L'avènement de la modernité a provoqué des changements profonds à l'échelle mondiale, y compris dans les sociétés musulmanes, qui sont appelées à concilier enseignements islamiques et exigences contemporaines. Cette évolution a des implications majeures pour les droits des femmes. Au Maroc, l'évolution du droit musulman est significative et le droit positif s'est affirmé comme la source principale dans l'application de ce droit dans divers domaines de la vie sociale. C'est le cas du Droit public, du Droit privé dont le Droit civil et le Droit commercial constituent l'ossature et où le Droit musulman semble reculer au profit de législations modernes. Toutefois, les mouvements traditionnalistes continuent de s'opposer à la modernisation du Code de la famille, le droit inspiré de la législation musulmane conserve une place prépondérante, notamment dans les domaines successoraux, celui de l'héritage ou de la tutelle. La question de la famille dont le pilier est la femme est considérée comme le dernier bastion et rempart contre l'universalisme. Le rapport de domination homme/femme est au cœur du pouvoir politique et la religion est un levier puissant pour maintenir la suprématie masculine avec tous les privilèges qui la sous-tendent. Les enjeux liés à l'héritage et aux droits successoraux en sont des exemples notables.

Cette situation met en lumière une dichotomie entre un référentiel traditionnel, s'appuyant sur le droit musulman et le droit coutumier, et un autre moderne, fondé sur le droit international, les conventions, les traités, ainsi que la loi, la doctrine et la jurisprudence. L'interprétation des lois varie en fonction de ces référentiels, utilisant une méthode exégétique pour le droit musulman et des méthodes modernes pour le droit positif. Ainsi, Dr El Mostafa El Ghachcham Choabi souligne la question de la prééminence entre le droit international et le droit interne en cas de conflit, certains systèmes juridiques donnant une supériorité au droit international (doctrine moniste),

tandis que d'autres rejettent cette approche (doctrine dualiste). Aussi, souligne Mohammed Arkoun, l'enjeu actuel majeur pour l'exercice de la pensée islamique est son passage de l'épistémé médiévale, travaillée par des rapports hiérarchiques (supériorité du musulman sur le non-musulman, dhimmî, du libre sur l'esclave, de l'homme sur la femme) à l'épistémé moderne, travaillée par le concept d'égalité citoyenne tout en reconnaissant l'historicité des textes scripturaires.

L'Ijtihad est la voie indiquée pour avancer. Appeler à l'Ijtihad, ce n'est pas questionner la parole de Dieu, mais plutôt les interprétations qui en sont faites par des hommes et des femmes, l'exégèse et le contexte. Le Code de la famille sert de cadre juridique crucial qui, pour répondre aux besoins de la société et garantir la justice et l'égalité pour tous les individus, doit continuer d'évoluer et d'être révisé sur la base de l'Ijtihad, de la contextualisation et dans le respect des finalités de la législation islamique. Le nouveau Code doit rétablir le principe de justice prôné par le texte sacré et les fondements de la religion musulmane en éliminant les inégalités entre les hommes et les femmes. La règle jurisprudentielle stipule que là où est l'intérêt, il y a la loi de Dieu. Cette règle a été abordée par l'Imam Al-Shatibi dans son livre « Al-Muwafaqat » et peut être inspirante pour nos décideurs afin de promulguer un nouveau Code en harmonie avec les exigences d'égalité et de démocratie prônées par la Constitution et avec les engagements internationaux du Maroc. La question de la femme ne doit plus être liée au religieux et au sacré et aucune injustice basée sur le genre ne peut être justifiée par l'Islam ou le Texte sacré dont la finalité est la justice et l'égalité entre les croyants, hommes et femmes.

III- Le besoin d'un mécanisme extra-judiciaire de règlement des différends familiaux

Les mécanismes extra-judiciaires de règlement des différends (la médiation, la conciliation et l'arbitrage) jouent un rôle fondamental dans la résolution des conflits familiaux qui peuvent éclater entre les couples. Ils se caractérisent par la souplesse de leur procédure, leurs coûts non exorbitants, la rapidité du traitement des différends et le choix de la loi applicable. Dans le contexte des contentieux familiaux au Maroc, il n'existe pas un cadre en faveur du règlement extra-judiciaire des règlements des différends familiaux, bien que l'article 251 du Code de la famille ait établi un Conseil consultatif de la famille et de l'enfance, compétent pour assister la justice dans ses attributions relatives aux affaires de la famille.¹⁰⁴ L'article 7 du décret fixant ses attributions précise qu'il supervise une mission d'arbitre et de réconciliation pour toutes les questions familiales. Cependant, ses avis qui prennent la forme de recommandations, sont purement consultatifs et dépourvus du sceau du droit juridique. Cette marginalisation est d'autant plus regrettable que le Conseil de la famille pourrait jouer un rôle déterminant dans le processus de conciliation. En outre, et bien que le Maroc dispose depuis 2004 d'un nouveau Code de la famille, celui-ci ne traite pas expressément de la médiation familiale comme mode indépendant de

¹⁰⁴ Code de la famille de 2004. Article 251. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf

résolution des conflits familiaux. Il est vrai que le Code prévoit dans le cadre de la procédure de divorce une phase de réconciliation *solh* indispensable dans la gestion des conflits au sein du couple, celle-ci ne constitue qu'une étape obligatoire. Un couple demandeur de séances de médiation ne peut en faire la demande faute d'un dispositif indépendant, structuré et encadré de médiation. Or, la sauvegarde de l'institution familiale nécessite un effort plus important qui passerait par la mise en place d'un dispositif de règlement amiable, à savoir, médiation ou conciliation, avec un médiateur ou conciliateur dont la mission consisterait à tenter d'aider les époux à remédier aux différends les opposant. Les compétences matérielle, personnelle et rationnelle du Conseil de la famille doivent aussi être bien définies.

Conclusion

La Moudawana de 2004 a été considérée, à son adoption, comme étant une œuvre législative importante et apparaissait comme le début d'une révolution juridique consacrant l'égalité homme-femme et améliorant le droit des femmes au sein de la cellule familiale, dans le cadre d'une responsabilité partagée. Ceci contrairement à l'ancien texte qui minorait la femme sous le principe de « l'obéissance en contrepartie de l'entretien ». Elle a relativement contribué juridiquement à bouleverser l'ordre établi du patriarcat en faisant de la femme une citoyenne à part entière. Cela a entraîné dans la vie quotidienne des Marocains une transformation des pratiques sociales, des attitudes et comportements, avec des conséquences considérables. Cependant, vingt ans après son entrée en vigueur, force est de constater que la Moudawana ne s'aligne plus sur les transformations de la société marocaine. La lente progression vers l'égalité dans les rapports familiaux, les insuffisances du régime juridique de la protection des enfants et la fidélité du droit islamique de la filiation au modèle familial islamique sont très révélateurs. C'est dans ce contexte que le Roi Mohammed VI a appelé les institutions de représentation démocratique à procéder à une réforme globale du Code de la famille, en vue de parvenir à l'élaboration d'un nouveau texte compatible avec la transition sociétale qui caractérise la société marocaine contemporaine, tant dans sa dimension substantielle que procédurale.

Partout, les droits et libertés fondamentaux, portés par la dynamique internationale, affirment leur emprise. Entre quête du bonheur et sens de la responsabilité, entre revendication individuelle des droits et respect de la solidarité du groupe et des traditions, volonté d'autonomie et appel à la protection de l'État, la famille et, plus encore, le droit contemporain de la famille, sont à la recherche de nouveaux équilibres. Au Maroc, ces dynamiques sont intrinsèques à une société qui connaît de profondes mutations, où les revendications d'une égalité des droits constituent le paradigme dominant de la transition sociétale qui caractérise la société marocaine contemporaine. Le chantier de la réforme du Code de la famille peut jouer un rôle décisif dans ce processus, si l'on prend en compte la double dimension symbolique et référentielle du droit de la famille. Symboliquement, le droit de la famille est le miroir de la société qui le produit, alors que comme cadre de référence, le droit de la famille est une boussole pour les individus, voire un facteur d'équilibre et de cohésion. Une réforme constructive du Code de la famille est en mesure

de préfigurer une nouvelle ère de réformes sociétales qui constituent le ciment de toute société démocratique, à l'exemple de la réforme du Code pénal et de la loi 103-13 relative aux violences faites aux femmes.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

- Aida Alami. Gender Inequality in Morocco Continues, Despite Amendments to Family Law. New York Times. 2014. <https://www.nytimes.com/2014/03/17/world/africa/gender-inequality-in-morocco-continues-despite-amendments-to-family-law.html>
- Anne-Marie Leroyer. Réduire les asymétries de genre dues au divorce. Revue Population. Volume 71. 2016.
- Asma Lamrabet. L'héritage : relecture des versets. <http://www.asma-lamrabet.com/articles/l-heritage-rellecture-des-versets/>
- Asma Lamrabet. Les femmes musulmanes n'ont pas le droit de se marier avec des non-musulmans ? Islam et Femmes : les questions qui fâchent. 2021.
- Banque mondiale. Gender Data Portal. <https://genderdata.worldbank.org/countries/morocco/>
- Code de la famille de 2004. http://www.ism.ma/ismfr/francais/Textes_francais/3/1.pdf
- Committee on the Rights of the Children. Convention on the Rights of the Child. General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration. 2013.
- Conseil économique, social et environnemental. Le mariage des mineurs et son impact sur leurs conditions socio-économiques (en arabe). 2023. https://www.cese.ma/media/2024/02/SA-C3-2023-35-a_2.pdf
- Conseil économique, social et environnemental. Le CESE préconise une révision ambitieuse du Code de la famille qui soit en mesure de protéger les femmes et garantir leurs droits. <https://www.cese.ma/le-cese-preconise-une-revision-ambitieuse-du-code-de-la-famille-qui-soit-en-mesure-de-protoger-les-femmes-et-garantir-leurs-droits/>
- Avis du CESE : que faire face à la persistance du mariage des enfants au Maroc. 2019. <https://www.cese.ma/media/2020/10/Que-faire-face-%C3%A0-la-persistance-du-mariage-d%E2%80%99enfants-au-Maroc.pdf>
- Conseil national des droits de l'homme. État de l'égalité et de la parité au Maroc : préserver et rendre effectifs les finalités et objectifs constitutionnels. 2015. http://www.cndh.ma/sites/default/files/cndh_-_r.e_web_-_parite_egalite_fr_-.pdf
- Constitution marocaine de 2011. http://www.sgg.gov.ma/Portals/0/constitution/constitution_2011_Fr.pdf
- Convention de l'ONU de 1989 relative aux droits des enfants. <https://www.cndp.ma/images/lois/Convention-droits-enfant-1989.pdf>
- Dyaa Sfindla. Couple et famille : études comparatives des systèmes juridiques français et marocain. Thèse de doctorat, Université de Toulon. 2016. P.105. <https://theses.hal.science/tel-02485193/document>
- Finance News – Interview avec Maître Jad Aboulachbal. Droit de succession : Ces subtilités juridiques qu'il faut absolument connaître. 2021. <https://fnh.ma/article/actualite-economique/droit-de-succession-ces-subtilites-juridiques-qu-il-faut-absolument-connaître>
- Françoise Dekeuwer-Defossez. Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille. La revue trimestrielle de droit civil. 1995.
- Haut-Commissariat au Plan (HCP). La femme marocaine en chiffres. 2023. <https://www.hcp.ma/downloads/?tag=Femme+marocaine+en+chiffres>

- Issam Toualbi. Le droit musulman : de l'interdiction de la jurisprudence » aux tentatives de réforme. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Thèse de Doctorat. 2011.
- Jacques Coenen-Huther. Dominance et égalité dans les couples. Cahiers du Genre. Numéro 30. 2001.
- Larabi Jaidi. Humaniser le divorce : où en est la question du partage des biens ? Dans le leadership féminin au Maroc : de l'invisibilité à la visibilité. Policy Center for the New South.
- Le Code de la famille : les affaires devant les tribunaux, une jauge pour la réforme. Le Matin, octobre 2023. <https://lematin.ma/societe/code-de-la-famille-les-affaires-aux-tribunaux-une-jauge-pour-la-reforme/194027#:~:text=Ainsi%2C%20selon%20ce%20rapport%2C%20les,%2C%20soit%20donc%202.287.252.>
- Au Maroc, la « tragédie » des mariages de mineures le Monde, 2022. https://www.lemonde.fr/afrique/article/2022/03/07/au-maroc-la-tragedie-des-mariages-de-mineures_6116439_3212.html
- Marlène Panara. Maghreb - Droits des femmes : le long chemin de l'égalité dans l'héritage. Le Point. 2019. https://www.lepoint.fr/afrique/maghreb-droits-des-femmes-le-long-chemin-de-l-egalite-dans-l-heritage-08-03-2019-2299249_3826.php
- M. Kachbour. Commentaire du Code de la famille, la dissolution du lien conjugal. Tome II. Matba'ath al-najah al-jadida. Casablanca. 2006.
- Middle East Eyes (MEE). Maroc : vers la criminalisation du mariage des mineures ? Juillet 2023. <https://www.middleeasteye.net/fr/actu-et-enquetes/maroc-mariage-mineures-filles-criminalisation-loi-justice>
- Mohamed Amine El-Madani. La protection des droits de l'enfant au sein de l'Organisation de la Conférence Islamique. Institut des droits de l'homme de Lyon. Cahier spécial : parcours et réflexion, 2006.
- Mohamed Loukili and Michèle Zirari-Devif. Le Nouveau Code marocain de la Famille : une Réforme dans la Continuité. Dans Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online. Brill. 2004.
- Mohamed Naji. Les Marocaines bientôt égales devant l'héritage ? The Conversation. 2018. <https://theconversation.com/les-marocaines-bientot-egales-devant-lheritage-94263>
- Nadia Lamlili. Islam : et Dieu libéra la femme. Jeune Afrique, 2014. <https://www.jeuneafrique.com/133379/societe/islam-et-dieu-lib-ra-la-femme/>
- Nejmeddine Khalfallah. Formules répudiatrices dans le droit musulman au Moyen-Âge. Presses universitaires de France (PUF). Numéro 74. 2021.
- Papi Stéphane. L'influence juridique islamique au Maghreb : Algérie, Libye, Maroc, Mauritanie, Tunisie. L'Harmattan. 2009.
- Rabia Boussahmain. Le divorce pour discorde en droit marocain sous le nouveau code de la famille. Université de Nice Sophia Antipolis-Thèse de doctorat. 2014.
- Sara Ibriz. Droit des successions : la règle du taasib n'émane ni du Coran ni de la Sunna. Medias24. 2022. <https://medias24.com/2022/06/23/droit-des-successions-la-regle-du-taasib-nemane-ni-du-coran-ni-de-la-sunna-abou-hafs/>
- Tahar Haddad. Notre Femme dans la charia et la société. : plaidoyer pour une réforme sociétale.
- World Bank. Morocco: Exploring women's low labor force participation. 2021. <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/morocco-exploring-womens-low-labor-force-participation>

- Youssef El Jai. Célébrer le 8 mars c'est bien, privilégier l'action c'est encore mieux : stimuler la participation économique de la femme marocaine. Policy Center for the New South. Mars 2023. <https://www.policycenter.ma/publications/celebrer-le-8-mars-cest-bien-privilegier-laction-cest-encore-mieux-stimuler-la>
- Zineb Naciri Bennani. La rupture du principe d'égalité homme-femme dans le cadre du divorce en droit marocain. Dalloz. 2020. <https://forum-famille.dalloz.fr/2020/09/15/la-rupture-du-principe-degalite-homme-femme-dans-le-cadre-du-divorce-en-droit-marocain/>

JURISPRUDENCE

- Tribunal de première instance- Nador. Dossier numéro 16222/05/2012. 2019.
- Tribunal de première instance-Oujda. Dossier numéro 3034/2016. 2017.
- Cour de Cassation. Dossier numéro 148/2/1. Numéro 51. 2011.
- Cour de Cassation. Dossier numéro 173/1/2/2009. 2010.
- Cour de Cassation. Dossier numéro 34/2/1/2007. 2008.
- Cour de Cassation. Arrêt numéro 323, juin 2008.
- Cour de Cassation. Numéro 598. Dossier numéro 371/2/1. 2008.
- Cour Suprême. Numéro 254. Dossier numéro 181/2/1/2005. 9 mai 2007.
- Cour suprême. Numéro 263. Dossier numéro 299/2/1/2006. 9 mai 2007.
- Cour d'appel d'Agadir. Dossier numéro 40. 2007
- Cour de Cassation. Dossier numéro 2005/1/2/108. 2006.
- Cour de Cassation. Dossier numéro 282/2/1/2006. 2006.
- Tribunal de Premier instance de Marrakech. Dossier numéro 3269/8/2004. 13 janvier 2005.
- Tribunal de Première instance de Rabat. Dossier numéro 32/703/04. 2005.

À propos des auteurs

Nouzha Chekrouni is a Senior Fellow at the Policy Center for the New South. She has extensive experience in academia, diplomacy and political leadership. She has served as His Majesty's Ambassador to Canada (2009-2016), and Dean of the Council of Arab League Ambassadors to Canada (2015-2016). Dr. Chekrouni was Minister for the Moroccan Community Living Abroad (2002-2007), a Member of Parliament (2002-2007), and the Minister for Women and Social Issues (1998-2002). She holds a Bachelor Degree from the Philological Faculty at the University of Fez, a Post-Graduate Diploma and a PhD in Linguistics from the Université Sorbonne Nouvelle in Paris.

Dr. Chekrouni has also completed a Certificate in Ethics and International Relations at Harvard University. She is a 2016 Senior Fellow in Advanced Leadership at Harvard University and has taught linguistics at the Faculty of Arts & Social Sciences at the University of Meknes. Since 2020, Dr. Chekrouni is a member of the Arab and Moroccan Network of Women Mediators for the UN Agenda "Women, Peace and Security".

Abdessalam Jaldi is an International Relations Specialist, with a focus on International Law and International Relations. He is currently working in the Policy Center for the New South as a core member of an analytical study examining the Maghreb mutations, the Euro-African relations, the new tendencies of international law and the influence of India and Africa. Ph.D Doctor in Law from France in 2018, he has four years of experience working in non-profit, social research and electoral observations.

Policy Center for the New South

Mohammed VI Polytechnic University, Rocade Rabat-Salé, 11103
Email : contact@policycenter.ma
Phone : +212 (0) 537 54 04 04 / Fax : +212 (0) 537 71 31 54
Website : www.policycenter.ma

