

LE NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE MAROCAIN

RAPPORT ETABLI PAR DES MAGISTRATS FRANÇAIS

A L'ISSUE D'UN VOYAGE D'ETUDE (du 19 au 29 juin 2007) SUR L'APPLICATION DE CETTE LEGISLATION

Voyage organisé conjointement par le Ministère de la Justice du Royaume du Maroc et l'Ambassade de France, avec le concours de l'Ecole Nationale de la Magistrature.

composition du groupe :

- **Joseph Taillefer, président de chambre à la Cour d'Appel de Rennes,**
- **Jean-Paul Eichler, président de chambre à la Cour d'Appel de Colmar,**
- **Marie-Christine Leroy, conseillère à la Cour d'Appel d'Aix en Provence,**
- **Dominique Nolet, conseillère à la Cour d'Appel de Pau,**
- **Martine Escolano, première vice-président du tribunal de grande instance de Nancy**
- **Dominique Avon, conseillère à la Cour d'Appel de Montpellier,**
- **Alfred Birgert, vice-président du tribunal de grande instance de Nancy,**
- **Chantal Giraud, vice-présidente du tribunal de grande instance de Besançon,**
- **Michel Blanc, président du tribunal de grande instance de Blois,**
- **Dominique Martin Saint Léon, président du tribunal de grande instance de Bonneville.**

INTRODUCTION

Le nouveau Code de la Famille marocain est entré en vigueur le 5 février 2004.

Selon la convention bilatérale du 10 août 1981 relative au droit de la famille, il est applicable aux marocains résidant en France, devant les juridictions françaises.

Il s'agit d'une oeuvre considérable, qui englobe tous les aspects du Droit des personnes: le mariage, la filiation, la capacité, les testaments et les successions.

Il a été élaboré, sous l'impulsion du Roi Mohammed VI, avec le souci de se conformer aux traités internationaux signés par le Maroc, dans le respect des traditions culturelles marocaines fondées sur l'Islam. Il dispose d'ailleurs dans son 400^{ème} et dernier article, que pour tout ce qui n'a pas été expressément prévu par le présent code, il y a lieu de se référer au rite Malékite et à sa jurisprudence fondée sur les valeurs de l'Islam en matière de Justice, d'égalité et des bons rapports de la vie commune.

Des réformes substantielles ont été ainsi adoptées avec des formulations modernes consacrant l'égalité entre l'homme et la femme.

Entre autres exemples significatifs, l'âge du mariage a été fixé au plus tôt à 18 ans pour les deux sexes; la polygamie a été rendue quasiment impossible : placée sous un strict contrôle judiciaire, pour des situations exceptionnelles, elle implique l'accord de la première épouse; le divorce est un droit reconnu aux deux époux, sous le contrôle judiciaire.

La nouvelle législation s'attache également à protéger les enfants en toutes circonstances.

Conscientes que le succès de la réforme passait par la disposition des moyens matériels adaptés, les autorités marocaines ont doté les juridictions de la Famille des locaux nécessaires, allant jusqu'à construire de nouveaux bâtiments, comme à Kelaat- Sraghana.

Des cadres qualifiés ont été spécialement recrutés, dont 161 juges de la famille.

Nous avons pu constater la présence constante du Ministère Public qui intervient tout au long des procédures portant sur le Droit de la Famille.

Notre mission, composée de 10 magistrats praticiens du Droit des personnes, 5 hommes et 5 femmes, exerçant en première instance et en appel, a eu pour objectif d'observer les conditions pratiques de l'application du nouveau Code et les orientations jurisprudentielles.

Nous avons été reçus par les magistrats des tribunaux de Casablanca, Marrakech, Kelaat-Sraghna, Rabat, Fez et Meknés, où nous avons constaté l'implication de tous pour la réussite de la réforme.

Nous avons aussi rencontré des universitaires de Marrakech, en charge d'études sur la mise en oeuvre du nouveau code.

Notre séjour s'est achevé par un séminaire bilatéral organisé au Ministère de la Justice à Rabat qui a permis des réflexions croisées sur le Droit de la Famille.

Au terme de l'étude des textes du Code, des exposés des magistrats marocains qui ont consacré beaucoup de temps à répondre à nos interrogations, des statistiques qu'ils nous ont fournies, des indications des universitaires et . des magistrats de liaison, M. Jaouad Idrissi Qaitoni, en poste à Paris, et M. Yves Rabineau, en poste à Rabat, nous avons travaillé en groupe pour élaborer ce rapport, étant précisé que certaines difficultés d'interprétation demeurent dans l'attente de décisions de la Cour Suprême qui n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer.

PREMIÈRE PARTIE : LE NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE

Il s'applique à tous les Marocains, à l'exception des Marocains de confession juive qui restent soumis au statut personnel hébraïque. Les étrangers se voient appliquer le code dans leurs relations avec une personne de nationalité marocaine, mais ils ne peuvent pas s'en prévaloir dans d'autres circonstances, même s'ils revendiquent leur appartenance à l'Islam.

-I- LES FIANÇAILLES ET LE MARIAGE

A - LES FIANÇAILLES (articles 5 à 9 de la Moudawana)

a) Conditions

Les fiançailles constituent un contrat entre un homme et une femme, c'est une promesse mutuelle de mariage.

La preuve de cet engagement obéit aux règles de preuve du droit de la famille.

Chaque partie peut rompre unilatéralement ce contrat sauf à la partie qui cause un préjudice à l'autre à le réparer. Cette rupture peut entraîner la restitution des présents. Toutefois l'auteur de la rupture ne peut prétendre à la restitution des cadeaux.

b) Effets

Le nouveau code de la famille introduit une innovation fondamentale en permettant de donner une filiation paternelle à l'enfant né de la grossesse pendant les fiançailles: le fiancé est présumé être le père de l'enfant sous certaines conditions (article 156) et la constatation de ces conditions s'effectue par décision judiciaire non susceptible de recours. Il s'agit en fait de la reconnaissance législative d'un concept préexistant, le rapport sexuel "par erreur": il y a eu conception à la suite de rapports "par erreur" en ce sens que l'acte de mariage n'avait pas encore été dressé et que le mariage n'était pas contracté, mais par suite de circonstances indépendantes de la volonté du couple.

Une seconde innovation est introduite: si le fiancé nie que la grossesse lui est imputable, on peut recourir à tous moyens de preuve légaux pour établir la filiation paternelle, dont l'expertise judiciaire.

B- LE MARIAGE (articles 10 à 39)

La nouvelle Moudawana a créé un formalisme de l'acte de mariage qui n'existait pas précédemment, notamment en imposant la production de divers documents qui ne sont plus laissés à la discrétion des Adoul (un adel, des adoul) et l'intervention du juge de la famille qui délivre dorénavant l'autorisation préalable de mariage. Il a été institué un véritable service de l'état civil auprès des sections de la justice de la famille des tribunaux de première instance. L'objectif de cette réforme est d'éviter les fraudes et de faire de l'acte de mariage un outil garantissant la sécurité de toute la famille (droits de l'épouse, des enfants, pension alimentaire, héritage, partage des biens).

1) RÉGIME LÉGAL :

a. Conditions de forme

- * Le mariage est un **contrat écrit**. Il peut être conclu par procuration (article 17).
- * Le mariage est fait **sous le contrôle du juge**.
- le juge délivre l'autorisation du mariage après vérification des conditions légales requises.
- l'acte est dressé par deux Adoul (hommes de loi intervenant dans le droit de la famille) désignés par le juge
- il doit être signé des époux, des deux Adoul,
- il est ensuite ratifié par le Cadi (le juge notarial).
- enfin il est transcrit sur les registres de la section de la justice de la famille qui en adresse un extrait au service de l'état civil du lieu de naissance des époux pour mention en marge.

L'original de l'acte de mariage est remis à l'épouse et une copie certifiée conforme est destinée à l'époux.

Pour les mariages célébrés antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle Moudawana et n'ayant pas fait l'objet de contrat, les conjoints peuvent régulariser leur situation par une action en reconnaissance de mariage dans les cinq années de la date d'entrée en vigueur du code de la famille (article 16).

Le mariage des marocains à l'étranger peut être désormais conclu selon les formes du droit local, mais sa validation ultérieure au Maroc, prévue par l'article 14 de la Moudawana impose notamment la présence de deux témoins musulmans. Pour la France, il n'appartient pas à l'officier d'état civil de s'assurer du respect de cette obligation; les ressortissants marocains sont invités à produire un acte additionnel mentionnant l'identité de deux témoins musulmans et d'obtenir la reconnaissance de leur mariage par les autorités marocaines.

b. Conditions de fond

La nouvelle Moudawana a rendu facultative une condition jusqu'alors essentielle : la tutelle matrimoniale pour la femme exercée par le wali (tuteur) et a donné **à la femme majeure la pleine capacité pour décider de se marier**. Elle conserve la possibilité d'être assistée par un wali, mais elle est désormais libre de faire ou non usage de cette faculté.

Près de 25% des femmes majeures se sont dispensées d'un wali en 2006, ce qui est un résultat très encourageant, seulement deux ans après l'entrée en vigueur du code.

La Marocaine musulmane n'est autorisée à épouser qu'un Musulman.

L'homme quant à lui peut épouser une femme non musulmane à condition qu'elle appartienne à l'une des religions bibliques.

Outre la capacité, le consentement et l'absence d'empêchements légaux au mariage, le mariage suppose pour sa validité :

*** L'âge**

les futurs époux doivent l'un et l'autre être âgés de **18 ans**. Toutefois il existe une possibilité de dérogation pour les mineurs. Aucun âge minimum n'est requis mais le mariage du mineur quel que soit son sexe est subordonné à une autorisation judiciaire qui n'est en pratique donnée qu'à partir de 16 ans et très exceptionnellement avant pour la jeune femme enceinte.

Le consentement de la mineure est recueilli par le juge **en présence de ses deux parents ou de son représentant légal** (article 20). D'une manière générale, les juges marocains estiment que le mineur ne peut pas être entendu en l'absence de son représentant légal, mais ils tentent de vérifier le consentement du mineur. Il y a des mineurs qui gardent le silence ce que le juge peut interpréter comme un refus implicite du mineur de consentir au mariage.

L'autorisation du juge est délivrée après une expertise médicale (en fait un certificat d'un médecin), une enquête sociale et constat personnel du juge. Les représentants légaux doivent également consentir au mariage du mineur.

En 2006, le mariage de mineurs représentait moins de 10 % des mariages (26520 mariages sur 273 000 mariages). En 2006, 9% des mineurs avaient moins de 15 ans, et les cas de refus de l'autorisation du mariage représentaient 10% de la saisine des juges.

*** La dot (sadaq)**

La dot est une condition **obligatoire** pour la validité du mariage. Son absence vicie l'acte de mariage. Elle est offerte par l'époux à l'épouse et demeurera sa propriété. Elle en a la libre disposition.

Le montant de la dot est défini dans l'acte de mariage. Il peut être symbolique, ce qui est de plus en plus le cas, compte tenu du niveau de vie des familles marocaines.

Le sadaq peut être payé d'avance ou à terme, en tout ou en partie. En cas de divorce, le juge doit vérifier l'effectivité du paiement du sadaq, et statuer, s'il y a lieu, sur le paiement de son solde.

2) LE RÉGIME CONSENSUEL

La nouvelle Moudawana a prévu la possibilité pour les époux de déroger au régime légal du mariage en individualisant leurs relations matrimoniales tant extra-patrimoniales que patrimoniales.

1- les conditions extra-patrimoniales

a – le refus de la polygamie (articles 39 et suivants)

Le régime légal ne prohibe pas la polygamie : le Coran prévoit la possibilité d'avoir quatre épouses; le nouveau code de la famille semble ne prévoir implicitement que le cas de la bigamie.

Le recours à une autorisation judiciaire pour souscrire un deuxième mariage est obligatoire pour le mari. Le juge doit alors vérifier (article 40) :

"que le mari peut entretenir également deux familles ;

"qu'il existe un motif objectif exceptionnel justifiant le recours à une deuxième épouse (stérilité, maladie physique ou mentale de longue durée ... de l'épouse) ;

"que l'épouse accepte la polygamie (convocation de la première épouse au tribunal pour recueillir son consentement, avec possibilité pour le juge de passer outre son refus si les conditions de la polygamie sont remplies. Dans cette hypothèse, l'épouse est autorisée à demander le divorce, et si elle le refuse, le tribunal applique d'office la procédure de divorce pour discorde. La jurisprudence sur cet article de la Moudawana n'est pas encore fixée et les juges rencontrés n'ont pas le recul suffisant pour définir ses modalités d'application.)

"l'autorisation de la polygamie est une décision qui relève de la formation collégiale du tribunal.

Le régime dérogatoire a prévu la possibilité pour l'épouse de refuser par contrat la polygamie. Cette clause s'impose au mari et au juge.

Au plan national, en 2006, seuls 0,3% des mariages correspondaient à un mariage polygame (soit 811 mariages sur près de 273 000 mariages)

b- le droit d'option de la femme (article 89)

L'époux peut , lors du mariage, par contrat autoriser son épouse à demander un "divorce-constat" à tout moment et sans motif. L'épouse se voit ainsi reconnaître le droit de divorcer par déclaration et sans contrôle du motif par le juge.

Au plan national, en 2006, ce type de divorce fondé sur ce droit représente 0,47% des divorces.

2 – les conditions patrimoniales

a - le régime de droit commun est celui de la séparation des biens.

Les patrimoines des époux sont séparés. Ils ne peuvent pas en disposer en raison des règles successorales qui font toujours une place aux ascendants et aux collatéraux qui viennent en concours avec les enfants lors des héritages.

Ainsi, il n'est pas possible de créer une communauté de biens ou une indivision communautaire.

La propriété des biens doit être prouvée par chaque époux. En l'absence de factures ou d'actes de propriété, il existe une présomption de propriété des acquêts correspondant à l'usage traditionnel qui est fait du bien par l'homme ou par la femme (article 34).

b- par dérogation, l'article 49 permet aux époux par contrat, de se mettre d'accord sur le mode de fructification et de répartition des acquêts.

Cet accord est nécessairement un écrit qui est différent de l'acte de mariage et qui peut être conclu à tout moment après le mariage.

En conclusion, il convient de souligner que le mariage est un contrat indépendant de la fête réunissant les deux familles, laquelle n'est pas obligatoire et peut intervenir longtemps après la conclusion du mariage, au point qu'il existe une procédure spécifique de divorce avant consommation du mariage. Ce type de procédure n'est pas anecdotique et représente à MEKNES par exemple, plus de 10% des divorces.

La consommation du mariage ou la non-consommation du mariage emporte des conséquences juridiques notamment vis à vis de la dot (articles 31 et suivants), de la nullité du mariage (article 58) et des conditions du divorce.

- II - LA FILIATION

Le droit marocain ne reconnaît la filiation que dans le cadre du mariage. Il n'admet pas le concubinage et la filiation qui pourrait en découler. Toutefois, le nouveau code de la famille prévoit la régularisation de la filiation d'enfants nés hors mariage en permettant le mariage des parents.

La filiation maternelle découle du lien biologique avec la mère et de l'accouchement alors qu'il semble que la filiation paternelle ne puisse être que légitime et encadrée par le mariage.

A - le principe

L'enfant né dans les liens du mariage est légitime et rattaché au père et à la mère jusqu'à preuve contraire (article 143).

L'enfant est également réputé légitime à l'égard du père :

"s'il est né dans les six mois suivant la date de la conclusion de l'acte de mariage

"et s'il naît dans l'année qui suit la date de séparation des époux (article 153).

B - les exceptions

1 - l'enfant est également réputé légitime à l'égard du père du fait de son aveu, à condition que la mère ne soit pas mariée (article 161).

N.B. L'adultère est encore pénalement sévèrement réprimé, les peines pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement pour l'homme et la femme. Cette incrimination explique le grand nombre de régularisations des naissances illégitimes.

2 - l'enfant peut encore être déclaré légitime à la suite "d'un rapport par erreur"
(article 152).

a - **article 156** : si des signes de grossesse apparaissent chez la fiancée avant le mariage et à condition qu'il soit de notoriété publique que l'homme et la femme avaient un projet de mariage connu de leurs deux familles, l'enfant sera réputé légitime et enfant de l'homme et de la femme fiancés.

b - **en dehors des fiançailles (article 158)** : si l'enfant est né des relations de deux personnes non mariées, celles-ci peuvent régulariser la situation de l'enfant en faisant

constater " al firach" (rapports conjugaux) selon diverses modalités :

" 12 témoins devant les adouls ;

" témoignages de deux adouls ;

" expertise devant le tribunal.

c - l'expertise génétique :

La nouvelle Moudawana a précisé que la filiation paternelle pouvait être établie par l'expertise judiciaire (expertise génétique).

Ce point divise les magistrats marocains rencontrés. La plupart estime que le recours à l'expertise ne peut se faire qu'avec l'accord du prétendu père. Certains, minoritaires ont une position plus audacieuse et l'admettent en dehors de l'aveu et de l'accord du père. Un séminaire s'est récemment tenu sur ce point à RABAT. Il serait ressorti des débats que certains magistrats tireraient du refus d'expertise du père une forme d'aveu de paternité.

L'enfant dépourvu de lien de filiation paternelle est un enfant illégitime à l'égard de sa mère.

C – Conséquences de la filiation

Le père d'un enfant illégitime n'a aucune obligation à son égard. En revanche, le père légitime est seul redevable (à l'exclusion de la mère) de la pension alimentaire pour l'enfant sauf cas d'indigence.

1 - la garde

La garde de l'enfant est dévolue aux deux parents en cas de vie commune (article 164). A défaut, elle revient à la mère.

A partir de l'âge de 15 ans et en cas de séparation des parents, l'enfant peut choisir le parent chez lequel il vit (article 166). A défaut de père et de mère, il choisit le tiers gardien avec l'accord de son représentant légal. En cas de désaccord entre l'enfant et le représentant légal, le tribunal tranche la contestation selon l'intérêt de l'enfant.

En cas de divorce et de garde à la mère, le père bénéficie de droits de visite et d'hébergement (article 169).

Sous l'ancienne Moudawana, le remariage de la mère lui faisait perdre le bénéfice de la garde de l'enfant. Deux dérogations ont été introduites par le nouveau texte (article 174) pour permettre à la mère de conserver la garde de l'enfant :

"si le nouvel époux est un parent de l'enfant ou si la mère est la représentante légale de l'enfant;

"si l'enfant est âgé de moins de 7 ans ou s'il est handicapé.

2 - la représentation légale

Elle est dévolue au père majeur (article 230 et suivants). A défaut, l'article 231 définit l'ordre de priorité de cet exercice :

- " le père majeur ;
- " la mère majeure, à défaut du père ou par suite de la perte de la capacité de ce dernier ;
- " le tuteur testamentaire désigné par le père ;
- " le tuteur testamentaire désigné par la mère ;
- " le juge ;
- " le tuteur datif désigné par le juge.

Seul le représentant légal peut autoriser le mineur à voyager à l'extérieur du Maroc. En cas de refus du représentant légal, le juge des référés peut donner cette autorisation (article 179).

3 - la pension alimentaire

Elle est toujours due par le père en cas de séparation. Elle recouvre une notion plus large qu'en droit français et concerne :

- " la pension alimentaire proprement dite pour nourrir et soigner l'enfant (article 189) ;
- " les autres besoins de l'enfant doivent faire l'objet d'une action spécifique et dans ce cadre, le père est redevable : du droit au logement (article 168), du droit dû pour la garde de l'enfant, du droit aux soins exceptionnels, éventuellement d'une somme complémentaire pour permettre à la mère d'assumer au profit de l'enfant les fêtes religieuses.

La pension alimentaire est due jusqu'à 25 ans révolus pour les enfants poursuivant leurs études et pour la fille jusqu'à ce qu'elle perçoive des ressources propres ou se marie (article 189).

-III- LE DIVORCE

(Rappel : le régime matrimonial est celui de la séparation de biens mais les époux peuvent prévoir d'autres modalités pour régler le sort des acquêts)

Le nouveau code de la famille a institué divers cas de divorce classés dans le code de la famille de la façon suivante :

Titre IV du divorce judiciaire

1. Pour raison de discorde (94 à 97)
2. Pour d'autres causes (98 à 113) à la requête de l'épouse
 - manquement de l'époux à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage
 - le préjudice
 - le défaut d'entretien
 - l'absence
 - le vice rédhibitoire
 - le serment de continence ou le délaissement

Titre V du divorce par consentement mutuel ou moyennant compensation (KHOL')

1. Divorce par consentement mutuel (114)
2. Divorce par KHOL' (115 à 120)

Titre VI des catégories de divorce et de divorce judiciaire (122 à 128)

1. Du divorce révocable (RIJII)
2. du divorce irrévocable (Baïn).

La présentation de ces procédures de divorce peut être faite en considérant :

- d'une part ceux pour lesquels le juge contrôle la volonté de divorcer de l'époux requérant, procède à une phase de conciliation et en cas d'échec, autorise la transcription d'un acte adoulaire constatant le divorce,

- d'autre part ceux prononcés par le juge dans le cadre d'une procédure judiciaire contentieuse classique.

Ainsi, selon cette classification entrent dans la catégorie :

Des divorces sous contrôle judiciaire (28 000 cas en 2006):

- divorce révocable (RIJII) (25,77% des divorces sous contrôle judiciaire)
- divorce moyennant compensation (Khôl) (32,52%)
- divorce avant consommation (16,81%)
- divorce par consentement mutuel (23,87%)
- divorce à l'initiative de l'épouse exerçant le droit d'option (0,47%)
- divorce prononcé suite à deux précédents divorces (0,56%) (donc ayant un caractère irrévocable)

Des divorces judiciaires (14 800 divorces prononcés en 2006):

- pour cause de discorde (72,72 %)
- pour manquements à une condition de l'acte de mariage ou pour préjudice (11,18%)
- pour défaut d'entretien (5,92 %)
- pour absence du conjoint (9,58%)
- pour vice rédhibitoire (0,23%)
- serment de continence ou de délaissement (0,34%)

(statistiques nationales fondées sur les données de l'année 2006)

Dans un souci de simplification, il apparaît possible de présenter ces procédures en fonction de la qualité de celui ou de celle qui a la faculté de les engager puisqu'en effet certaines de ces procédures sont réservées au mari et d'autres à la femme et d'autres encore aux deux époux.

A - DIVORCES A L'INITIATIVE DU MARI (TALAK) :

1. Du divorce révocable (RIJII)

2. du divorce irrévocable (Baïn)

L'ancienne procédure de répudiation a disparu (notification par le mari à l'épouse de l'acte adoulaire portant répudiation et assignation devant le juge pour homologation sans pouvoir d'appréciation pour le juge).

Elle est remplacée par une procédure qui réserve au juge un pouvoir de contrôle du caractère contradictoire de ce divorce et du respect des droits financiers de l'épouse (avec obligation de consignation par le mari des sommes dues à la femme telles qu'évaluées par le juge). Par ailleurs cette procédure est soumise comme toutes les autres à l'obligation pour le juge de procéder à une phase de conciliation.

Cette procédure se déroule selon le protocole suivant : le mari dépose la requête. Les 2 époux sont convoqués à une audience de conciliation tenue par le juge qui vérifie la régularité du dossier (existence des pièces obligatoires) et la présence de l'épouse lors du premier appel du dossier. En cas d'absence, il doit vérifier la régularité de la convocation et, le ministère public présent à l'audience, a l'obligation d'effectuer toutes les recherches pour localiser l'épouse et la prévenir de la procédure en cours et des conséquences de son absence.

Le juge de la famille procède à une première tentative de conciliation en cabinet et à huis clos. En cas de non-conciliation et s'il y a des enfants, le juge ordonne une seconde conciliation en désignant 2 arbitres (choisis par chacun des époux dans leur entourage et le plus souvent dans leur famille respective (a.82 du code de la famille, ce conformément au verset 35 de la Sourate des femmes). Les arbitres reçoivent les époux hors du tribunal et hors la présence du juge, puis rendent compte de leur mission par écrit à la formation collégiale.

En cas d'échec, la situation économique du mari est examinée par cette formation collégiale qui fixe les droits de la femme (a. 83 - 86 du code de la famille) et ordonne le versement par le mari d'une consignation au greffe du tribunal qui doit être versée dans le délai de 30 jours. Le non-versement s'analyse comme une renonciation du mari au divorce.

Le montant consigné comprend notamment la pension pour la femme (pension de retraite de viduité "IDDA") et éventuellement les enfants (a. 85 du code de la famille) leur permettant d'assurer leur subsistance pour une période de 3 mois. Le mari doit également assurer les frais de logement et verser le "don de consolation" (MOUT'A - "allocation convenable due aux femmes divorcées : c'est une obligation pour les pieux (Sourate de la vache / verset 241). Même si le mari est indigent, il doit consigner un montant minimum selon un barème fixé par le tribunal (le minimum serait de l'ordre de 1.000 , pour le tribunal de la famille de Meknes par exemple).

Après consignation, la formation collégiale autorise la transcription du divorce par 2 adouls. Ce document est authentifié par le juge notarial (cadi). Le tribunal rend ensuite une décision motivée comportant le résumé des allégations et des demandes, les preuves et les exceptions présentées, les actes de procédure accomplis et les conclusions du ministère public. Il désigne la personne chargée de la garde des enfants. Le droit de visite est organisé et les droits financiers de l'épouse sont fixés ainsi que la rémunération de la garde des enfants après la "retraite de viduité" (3 mois environ). Il est également indiqué la date à laquelle le divorce a été constaté par les adouls et si l'épouse est enceinte ou non. (a. 88 du code de la famille).

L'acte de divorce est non susceptible de recours. En revanche, il peut être relevé appel de la décision du tribunal sur les conséquences financières du divorce.

L'appel n'est envisageable qu'en cas de rejet de la demande d'autorisation de procéder à l'acte adoulaire de divorce.

Le délai de révocabilité de ce divorce par l'époux est de 3 mois environ (retraite de viduité correspondant à 3 cycles menstruels) (a. 124 du code de la famille).

B - DIVORCES A L'INITIATIVE DE L'EPOUSE :

1. Pour d'autres causes (a. 98 à 113 du code de la famille) à la requête de l'épouse :

Ces causes sont :

- le préjudice ou le manquement de l'époux à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage
- le défaut d'entretien
- l'absence
- le serment de continence ou le délaissement

Sur les six causes de divorce prévues par l'article 98 du Code de la Famille, le divorce pour préjudice est le seul qui soit utilisé de manière significative :

a) Le divorce pour "faute" intitulé divorce pour préjudice (article 100)

Proche de notre divorce pour faute, ce divorce est à la seule initiative de l'épouse, et n'est pas ouvert au mari.

Ce divorce peut être demandé pour tout manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte de mariage, lequel est alors considéré comme un préjudice justifiant la demande, et pour tout acte ou comportement infamant et contraire aux bonnes moeurs émanant de l'époux et rendant intolérable le maintien des liens conjugaux.

Les faits constituant le "préjudice" sont établis par tout moyen de preuve, y compris la déposition des témoins.

En réalité, cette cause de divorce est beaucoup moins utilisée qu'en France, compte tenu de la difficulté pour les femmes marocaines de rassembler les preuves. Ainsi, il nous a été indiqué à plusieurs reprises qu'il était difficile à une épouse, par exemple, d'établir des faits de violence conjugale, faute de prise de plainte par les services de police et en raison des pressions familiales dont elle pouvait faire l'objet.

La question des violences conjugales est cependant une préoccupation de nos collègues magistrats marocains, comme cela nous a été indiqué à plusieurs reprises, et comme nous avons pu le constater lors de notre passage au Tribunal de la Famille de Fès, où une femme, manifestement victime de violences (trace de coups sur le visage), venait porter plainte au tribunal. Cela démontre que la femme

marocaine ose ce type de démarche, même si, et pour les mêmes raisons complexes qui retiennent la femme européenne, il lui est encore plus difficile de franchir le pas.

Le gouvernement marocain a d'ailleurs engagé un plan de lutte contre les violences conjugales et intrafamiliales, en coopération avec l'Espagne. Ainsi, lors du voyage d'études au Maroc, SAR la Princesse Lalla Meyriem, Présidente de l'Observatoire des Droits de l'Enfant, a signé à Rabat le 20 juin 2007 le guide relatif à la prise en charge des femmes et des enfants victimes de violence. Elle avait inauguré en janvier 2005 à Marrakech une unité régionale d'accueil et d'accompagnement médical, psychologique et social des femmes et des enfants victimes de violence.

Le législateur a, par ailleurs, pris en compte les difficultés de preuves rencontrées par les femmes, en prévoyant une passerelle vers le divorce pour discorde " si l'épouse ne parvient pas à prouver le préjudice" (article 100), ce sans nouvelle requête et sans ouverture d'un nouveau dossier.

Les divorces pour préjudice ne représentent en effet pas 10 % des divorces judiciaires prononcés en 2006 au plan national par les tribunaux de la famille (1361 divorces).

Ce chiffre est à rapprocher des 14.791 divorces prononcés par les juges de la famille et des 28.239 actes de divorce sous contrôle judiciaire. Le divorce pour faute ne représente donc que 2,5% de la totalité des divorces intervenus en 2006 au Maroc (43.030 divorces au total).

On peut relever en outre que sur 2.674 affaires jugées sur le fondement du divorce pour préjudice, 467 ont donné lieu à un acte de conciliation ou à une réconciliation (soit 17,46 % des affaires traitées) et à 846 rejets, soit plus de 30 % de déboutés, en raison de la difficulté d'établissement de la preuve.

Dans le cas où le divorce est prononcé pour préjudice, le juge peut fixer dans le même jugement, conformément à l'article 101 du Code de la Famille (ou ultérieurement dans un jugement distinct, sur le fondement de la responsabilité civile pour faute selon les modalités prévues au Code civil), le montant de l'indemnisation due à l'épouse en réparation de son préjudice.

A cette indemnisation s'ajoutent, en application de l'article 113 du Code, les autres droits à indemnité de l'épouse prévus par l'article 84 : le reliquat de la dot, la pension de retraite de viduité, le droit de logement pendant la retraite de viduité, et le don de consolation dénommé Mout'â.

b) le divorce pour autres causes:

- pour défaut d'entretien : divorce prévu par les articles 102 et 103 , pour manquement à l'obligation de paiement de la pension alimentaire ou à l'entretien de l'épouse. Le juge peut impartir un délai de 30 jours à l'époux pour s'acquitter de la pension ainsi due. A défaut, il prononce le divorce. Ce cas de divorce représente 1.086 divorces prononcés au plan national en 2006.

Il est toutefois important de souligner que le divorce ne sera pas prononcé si le tribunal qui procède alors à la fixation de la pension alimentaire, en détermine les modalités d'exécution forcée, par des moyens tels que la saisie arrêt sur salaire par exemple. Il convient en outre d'appeler l'attention des magistrats français sur le fait que, si le divorce pour défaut d'entretien est prononcé, celui-ci est révocable dès lors que l'époux s'acquitte de son obligation.

-pour absence du conjoint: si l'époux s'absente du foyer conjugal pour une période excédant une année, l'épouse peut demander le divorce. Le tribunal vérifie l'absence de l'époux, la durée de cette absence et le lieu où il réside. Il notifie la demande au mari, en l'avisant des conséquences : à défaut de réintégrer le domicile conjugal ou de faire venir auprès de lui son épouse, celui-ci s'expose au prononcé du divorce. En cas d'adresse inconnue, après recherches par le ministère public, le tribunal peut désigner au mari un curateur. A défaut de comparution de l'époux, le tribunal prononce le divorce.

Un des cas d'absence est constitué par la condamnation de l'époux à une peine d'emprisonnement supérieure à 3 ans.

Les divorces pour absence représentent 1.943 divorces prononcés en 2006, soit davantage que de divorces pour "faute".

-pour vice rédhibitoire : **ce divorce peut être demandé par l'un ou l'autre des époux**, (contrairement aux autres causes de divorce précitées), en cas de vices empêchant les rapports conjugaux, de maladies constituant un danger pour la vie ou la santé de l'autre, et dont la guérison ne peut être espérée au cours de l'année (le tribunal le vérifie par voie d'expertise), sous réserve que ce vice n'ait pas été connu lors du mariage, ou accepté à la suite de la connaissance de son caractère incurable. Ce type de divorce est extrêmement rare, puisque seulement 22 divorces ont été prononcés en 2006 au Maroc pour cette cause.

-pour serment de continence du mari à l'égard de son épouse ou pour délaissement : (absence de relations sexuelles avec la femme) l'épouse peut alors saisir le tribunal qui impartit au mari un délai de 4 mois pour venir à récipiscence. A défaut, le divorce est prononcé. Ce divorce est révocable, mais ne représente que 66 cas de divorce dans l'année de référence (2006°).

2. Divorce résultant de l'exercice d'un droit d'option (tamlik) (a. 89 du code de la famille)

Ce droit d'option doit être prévu dans l'acte de mariage (cf supra). Il permet à la femme de divorcer par déclaration unilatérale de sa part selon la même procédure que celle décrite pour le mari engageant une procédure de divorce révocable.

Le fondement de ce divorce repose donc sur ce droit consenti par l'époux dans l'acte de mariage.

Ce cas de divorce est d'usage très marginal (134 divorces en 2006 au plan national) ; car il nous a été indiqué qu'il était très rare que ce droit d'option figure dans l'acte de mariage. Selon les statistiques, il représente 0,47 % des divorces par actes adoulaïres.

3. Le divorce par compensation (Khôl) (a. 115 à 120 du code de la famille) :

Dans ce cas de figure, l'épouse qui entend divorcer doit s'entendre avec son mari sur la contrepartie financière qu'elle doit lui verser. C'est une forme de divorce par consentement mutuel qui obéit également aux règles déjà décrites de la conciliation. Si l'époux refuse d'y consentir, la femme peut recourir à la procédure du divorce pour discorde.

L'épouse a droit à restitution de cette compensation si elle établit que son khôl est le résultat d'une

contrainte ou la suite d'un préjudice qui lui a été causé par son époux. Le divorce reste exécutoire dans tous les cas.

Les divorces moyennant compensation représentaient plus de 9000 divorces en 2006, soit un tiers des actes adoulaire.

C - DIVORCES OUVERTS AUX DEUX EPOUX :

1. Divorce pour discorde (chiqqâq) :

Ce cas de divorce est régi par les articles 94 à 97 du code de la famille.

C'est le cas où l'un des époux ou les 2 saisissent le tribunal pour voir régler un différend qui les oppose et qui risque de "dégénérer en discorde". Le tribunal doit alors tout entreprendre pour concilier les époux conformément aux dispositions de l'article 82 du code de la famille.

Il est donc procédé aux tentatives de conciliation selon le protocole déjà décrit. Pour ce faire le juge (puis éventuellement les arbitres) est amené à connaître les motifs de la mésentente.

Toutefois, il n'est pas exigé des parties qu'elles invoquent des griefs particuliers, la seule affirmation que le maintien des liens conjugaux serait intolérable suffit, aux yeux de la loi, pour justifier la décision de divorce.

En cas de conciliation, il est dressé un procès verbal de conciliation.

En cas de désaccord des arbitres sur le contenu du rapport communiqué au tribunal ou sur la détermination de la part de responsabilité de chacun des époux ou s'ils n'ont pas déposé le rapport dans le délai imparti, le tribunal peut procéder à une enquête complémentaire (96).

Si la discorde persiste, le tribunal en dresse procès verbal et prononce le divorce dans le délai de 6 mois à compter de la demande. Mais avant cela, il impose au mari, uniquement lorsque celui-ci est demandeur, le versement de la consignation déjà évoquée. Lorsque la femme est en demande, elle n'est jamais tenue de consigner puisqu'en effet ce ne sont que ses droits qui sont en cause.

Ce divorce est l'une des innovations majeures et emblématiques du nouveau code. D'ailleurs, l'analyse des statistiques démontre que cette procédure est de loin la plus choisie (26.000 divorces engagés sur ce fondement en 2006) et qu'elle est majoritairement utilisée par les femmes (dans 77,7% des cas).

C'est une procédure qui rompt avec l'ancienne Moudawana et qui offre des avantages importants aux femmes : en effet, la femme peut à présent prendre l'initiative du divorce. Elle n'est plus tributaire du bon vouloir de son mari. Antérieurement, elle pouvait certes demander le divorce mais le régime de preuve très strict qui lui était imposé était dissuasif.

Le succès de ce type de divorce dépend de la conception que les juges de la famille ont du contrôle qu'ils doivent exercer sur la pertinence des motifs invoqués au soutien de la demande. Il existe en effet sur cette question des différences de pratiques entre les juges : certains considèrent que le prononcé du divorce n'est pas automatique dès lors que l'époux ou l'épouse refuse toute conciliation, par exemple lorsqu'il y a refus d'indiquer le motif ou lorsque celui-ci ne paraît pas pertinent ; d'autres

magistrats considèrent au contraire que même dans cette hypothèse, ils doivent faire droit à la demande.

Certains commentateurs s'étonnent que la loi permette aux maris d'y recourir alors qu'ils disposent d'autres moyens d'obtenir le divorce. Ils craignent que le recours par les hommes à cette procédure ne soit qu'un moyen d'éviter le paiement des droits de la femme. S'agissant de la consignation, certains juges ont trouvé la parade en exigeant du mari demandeur la consignation préalable du montant des droits de l'épouse. Il reste qu'à la différence du divorce révocable, le mari peut espérer une prise en compte d'une part de responsabilité de sa femme dans les motifs de la discorde pour réduire le montant de la MOUT'A.

On peut se demander si ce type de divorce n'a pas vocation à terme à faire perdre tout intérêt aux autres cas de divorce comme les chiffres semblent le confirmer.

L'ensemble de ces éléments d'appréciation conduit à penser qu'il existe désormais un réel principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme pour l'accès au divorce. Une interrogation subsiste toutefois tenant à la pratique judiciaire, c'est à dire à la conception que se font les magistrats de la nature du contrôle qu'ils doivent exercer sur la réalité et le degré de gravité de la discorde alléguée.

2. Divorce par consentement mutuel

La procédure est la même que celle décrite pour le divorce à l'initiative du mari. Le tribunal autorise l'établissement de l'acte de divorce par les adouls en cas d'échec de la ou des conciliations. (Cf infra en conclusion : possibilité pour le juge français d'utiliser cette procédure avec les aménagements indiqués).

- IV - LES CONSEQUENCES DU DIVORCE

1. A l'égard de l'épouse

Les droits dus à l'épouse sont fixés à l'article 84 du Code de la Famille, et comprennent :

- le reliquat de la dot (sadaq), le cas échéant
- la pension de la " retraite de viduité " (idda), dont la durée varie selon les situations avec tous les éléments qui la composent , tels qu'ils sont définis à l'article 189 du Code de la Famille : cette pension comprend l'alimentation, l'habillement , les soins médicaux et tout ce qui est habituellement considéré comme indispensable
- le logement gratuit au domicile conjugal dont doit bénéficier l'épouse divorcée pendant la période de " retraite de viduité " , et à défaut le montant des frais de logement, fixés par le tribunal pendant ce délai,
- le don de consolation(ou Mout'â) : cette indemnité , qui se rapproche de notre prestation compensatoire, est évaluée en prenant en considération la durée du mariage, la situation financière de l'époux, mais aussi les motifs du divorce .

Cette indemnité présente en effet un caractère mixte :

- d'une part, elle vise à compenser les conséquences de la dissolution du mariage pour l'épouse, et résulte d'une obligation prescrite par le Coran. Le verset 241 (connu sous le nom de "Sourate de la vache") prescrit en effet : "une allocation convenable est due aux femmes divorcées. C'est une obligation pour les pieux". Quelle que soit la situation de l'époux, le don de consolation est dû par le mari, même si celui-ci est dans une situation financière précaire. Le montant de cette indemnité est fonction de la situation financière respective des époux, mais elle est toujours due, même si la femme est dans une situation plus aisée que son mari.

- d'autre part, elle peut être modulée selon les causes du divorce et selon le degré de responsabilité de l'époux ou de l'épouse dans la rupture du lien matrimonial. Dans ce dernier cas, il nous a été indiqué à plusieurs reprises que le don de consolation pouvait alors être minoré, mais jamais supprimé.

Il convient de rappeler que si le mari est demandeur au divorce, il doit consigner au greffe du tribunal, le montant de ces droits dus à l'épouse, comme aux enfants, tel qu'il a été fixé par le tribunal, dans un délai maximum de 30 jours (article 83 du Code de la Famille). A défaut, il est réputé renoncer à son intention de divorcer, ce qui est alors constaté par le tribunal (article 86). Cette disposition est présentée par les magistrats marocains comme très protectrice des droits de la femme mariée.

A ces droits s'ajoutent les dommages et intérêts éventuels dus à l'épouse, en réparation du préjudice résultant de la faute commise par le mari, si elle a été établie, comme il est prévu à l'article 101 du Code de la Famille.

Tous les divorces prononcés par le tribunal sont irrévocables à l'exception du divorce pour serment de continence et pour défaut d'entretien (art 122 du Code de la Famille).

-V- LA KAFALA

LE REGIME DE LA KAFALA AU MAROC ET SES CONSEQUENCES

AU REGARD DU DROIT FRANÇAIS

Pour une présentation complète de l'origine et du cadre historique de la kafala, il est conseillé de se reporter à l'excellente étude rédigée par M. Yves RABINEAU et jointe en annexe, le présent rapport ne se limitant qu'à des extraits de cette étude et aux problèmes évoqués lors de notre réunion de synthèse à Rabat le 28 juin 2007 pour l'application des Kafalas en France.

La Kafala qui permettait traditionnellement à un ménage de recueillir un enfant mineur dans son foyer a été progressivement réglementée pour éviter les abus et ne concerne désormais que les enfants abandonnés. Le cadre juridique de cette institution est régi par le dahir du 13 juin 2002.

Le législateur marocain a définitivement mis un terme aux critiques exprimées par le secteur associatif en charge de la protection de l'enfance, préoccupé par de fréquents abus consistant à faire usage de la kafala traditionnelle (engagement devant deux adouls d'assurer la subsistance de l'enfant) pour justifier l'emploi d'enfants en qualité de domestiques. Il a donc placé la procédure de kafala des enfants abandonnés dans un cadre strictement judiciaire.

La kafala d'un enfant est l'engagement d'une personne (kafil) de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné au même titre que le ferait un père pour son enfant, mais sans créer de lien de filiation ni de droit à succession. Cette mesure concerne l'enfant âgé de moins de 18 ans qui est considéré comme abandonné quand il se trouve dans l'une des situations suivantes :

- né de parents inconnus ou d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré,
- orphelin ou ayant des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance,
- né de parents dissolus, dévoyés ou de mauvaise conduite, ou déchus de leur autorité parentale.

Pour recueillir un enfant sous kafala, il faut être musulman, majeur et apte, matériellement, moralement et physiquement, à assurer l'éducation et subvenir aux besoins de l'enfant. La kafala peut être accordée à deux époux ou à une femme seule.

Cette mesure est prise après que le Procureur du Roi ait fait procéder à une enquête en vue de la déclaration d'abandon prononcée par le tribunal de la famille. La kafala est ensuite accordée par le juge des tutelles dont la décision est susceptible d'appel. Son exécution est confiée à la section de la famille du tribunal de première instance. La kafala est portée en marge de l'acte de naissance de l'enfant, mais il est interdit de publier des extraits d'acte faisant état de cette mention.

Le kafil bénéficie des allocations sociales et est civilement responsable de l'enfant.

Il est impossible au Maroc d'attribuer par jugement le nom du kafil à l'enfant comme c'est le cas en Algérie. Il faut ultérieurement entreprendre, le cas échéant, une procédure administrative de changement de nom.

Il appartient au juge des tutelles de vérifier qu'il respecte les obligations mises à sa charge et éventuellement de l'autoriser à quitter le territoire marocain avec l'enfant.

La kafala cesse à la majorité pour les garçons ou au jour de leur mariage pour les filles, au décès du kafil ou en cas d'annulation par le juge.

AU REGARD DU DROIT FRANÇAIS :

- L'adoption (tabbani) étant interdite au Maroc (*seuls 3 pays de droit musulman, Indonésie, Turquie et Tunisie, reconnaissent l'institution de la tabbani*), la kafala n'est pas assimilable à cette mesure et la Cour de Cassation, selon arrêt rendu le 10 octobre 2006, a rappelé que les tribunaux français n'étaient pas fondés à reconnaître dans la kafala une adoption simple. A noter aussi que la kafala est une mesure temporaire, ce qui n'est pas le cas de l'adoption.

- les kafalas judiciaires prononcées par le tribunal de la famille (à ne pas confondre avec les kafalas adoulaïres !) correspondent dans le code civil français aux situations prévues pour la tutelle des mineurs ou à une délégation d'autorité parentale. Cette mesure n'est pas contraire à l'ordre public français et produit effet en France, sans exequatur, sauf si elle donne lieu à des actes d'exécution matérielle ou de coercition sur les personnes.

- La preuve de la kafala se fait par la production du jugement rendu par le tribunal marocain de la famille.

- Le kafil doit être considéré comme seul titulaire de la garde sur l'enfant (notion conservée par le code de la famille marocain) lorsque cet enfant se trouve sur le territoire français. Il bénéficiera des prestations familiales sous réserve que le mineur, par définition de nationalité marocaine, soit entré et séjourne de façon régulière en France.

- La kafala n'emporte pas droit particulier à l'accès du mineur sur le territoire français si le kafil, ressortissant marocain ou français, réside en France. La procédure de regroupement familial est en principe inapplicable aux enfants sous kafala. L'opportunité de délivrer un visa ressort de la compétence des autorités consulaires au regard des risques migratoires et en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour "forcer" la décision des autorités consulaires, le juge français est amené à répondre à des demandes de délégation d'autorité parentale présentées par les kafils résidant en France et souhaitant faire venir l'enfant en France. Or, le Juge aux Affaires Familiales n'a pas compétence pour décider d'une telle délégation si l'enfant n'est pas déjà résidant dans son ressort.

- S'agissant de la kafala coutumière ou adoulaire, reçue par deux adoul (témoins assermentés), elle est assimilable à un contrat ou mandat donné à un tiers par les parents biologiques. Elle ne concerne pas les enfants abandonnés seuls visés par le texte du 13 juin 2002. Même si un jugement d'homologation par le juge du notariat confère à cet acte adoulaire un caractère authentique en confirmant sa régularité formelle, **elle n'a pas les effets de la kafala judiciaire et ne peut produire effet en France**. Seul le juge est habilité à vérifier le bien fondé et l'opportunité de transférer certains attributs de l'autorité parentale sur un enfant et d'accorder la kafala. L'exequatur d'une kafala adoulaire doit donc a priori être refusée et il incombe au bénéficiaire d'une kafala adoulaire de s'adresser au tribunal de la famille pour obtenir une kafala judiciaire et l'autorisation de sortie du territoire marocain.

- Il existe néanmoins l'hypothèse où l'enfant étranger se trouve déjà sur le sol français après y avoir pénétré avec ses parents et sous couvert d'un visa touristique. Cet enfant est confié à un kafil porteur d'une kafala adoulaire souvent de complaisance, lequel demande la régularisation de la situation vis-à-vis de l'administration française. Dans cette hypothèse, soit le juge français renvoie le demandeur à obtenir du juge marocain une kafala judiciaire, soit il statue en opportunité, au vu de la kafala adoulaire, sur une délégation d'autorité parentale, mais en prenant soin de faire entendre les parents par commission rogatoire.

Cette situation peut être révélatrice d'une fraude migratoire et doit être envisagée pour répondre à une situation de fait et éviter de laisser un mineur isolé, sans référent juridique.

DEUXIEME PARTIE: LE DROIT DE LA FAMILLE A L'EPREUVE DES FAITS, DEUX ANS APRÈS L'ADOPTION DE LA NOUVELLE MOUDAWANA

- A - DÉCOUVERTE DES TRIBUNAUX DE LA FAMILLE - COMPTE- RENDU DES VISITES AU SEIN DES JURIDICTIONS :

Le programme comportait la visite de six juridictions différentes par leur taille, leur implantation géographique et la dominante des populations concernées. Il s'agissait de Casablanca, Marrakech, Kalaa Srgghna, Rabat, Meknès et Fès.

1 / L'accueil dans les juridictions :

Nous avons été reçus par les Présidents des Tribunaux de première instance, les Présidents des sections de la famille et, très souvent, par les magistrats composant cette section, ainsi que par les procureurs du Roi et les représentants du Ministère Public qui ont une part active dans le contentieux de la famille.

Nous avons eu l'occasion de visiter les bâtiments existant et ceux en construction rendus nécessaires par l'augmentation du contentieux familial. Nous y avons parfois retrouvé cette ambiance des salles de pas perdus. La sécurité nous semblait bien assurée, notamment à Casablanca, vu le nombre important de policiers dans les couloirs. Nous avons admiré le superbe bâtiment dans lequel est logée la Cour d'Appel de Commerce de Casablanca.

L'accueil a été dans chaque juridiction remarquable de cordialité et de convivialité. Une réception clôturait presque toujours nos visites et nous permettait d'échanger de façon plus personnelle et sans réserve avec nos interlocuteurs et ceux qui n'avaient pu s'exprimer. Les échanges ont été riches et facilités par la connaissance parfaite de la langue française de nos accompagnateurs mais aussi de nombreux magistrats marocains.

Nous avons été impressionnés par le courage de certains magistrats qui innovent et n'hésitent pas à faire appel à l'esprit des conventions internationales quand le texte est imprécis, qui privilégient l'intérêt suprême de l'enfant, favorisent au maximum la conciliation et l'aspect humain.

Nous avons beaucoup apprécié la disponibilité de nos homologues marocains, leur connaissance de la matière, les explications concernant la grille de lecture indispensable que constitue le Coran pour décrypter la signification des mots et les replacer dans leur contexte culturel.

Certaines de nos questions ont provoqué des débats très animés entre nos hôtes qui en sont aussi à la phase où les problèmes suscitent des réponses divergentes, comme lors de toute réforme.

2 / L'organisation et la compétence de la section de la justice de la famille :

La section de la justice de la famille dépend des Tribunaux de première instance. Les recours sont portés devant les Cours d'Appel et en dernier ressort devant la Cour Suprême. *(A noter que les juridictions judiciaires et administratives appartiennent au même ordre)*

En annexe est joint l'organigramme de la juridiction de la famille de Meknes. On notera que cette section est compétente pour autoriser les mariages, enregistrer les actes de mariage après procédure adoulaire, pour statuer sur les demandes de divorce, pour tous les problèmes d'état civil, de succession et de tutelle des mineurs, dont les jugements de kafala.

3 / Les effectifs :

Il nous est difficile en si peu de temps d'avoir une vision globale précise. On a noté qu'au premier abord, le nombre de magistrats chargé du contentieux familial au sens large semble plus important qu'en France mais il faut relativiser puisque la compétence est plus étendue. A Meknes par exemple, il nous a été indiqué 10 magistrats pour 23 greffiers.

4 / Les enseignements tirés des différentes visites :

Nous avons trouvé judicieux de donner la possibilité aux avocats de consulter l'état de chaque procédure sur un écran informatique situé dans le hall du tribunal, ce qui évite d'encombrer les greffes.

A Casablanca l'enregistrement des demandes initiales est effectué à un guichet unique situé dans le hall d'entrée (un guichet pour les hommes, un autre pour les femmes) puis le demandeur doit verser la consignation et s'adresser à un huissier qui lui donne une date d'audience à laquelle il va convoquer le défendeur.

A Marrakech, les convocations internationales sont éditées pour la France en français, sans recours à un interprète.

L'aide juridictionnelle peut être accordée au demandeur ou au défendeur, après instruction et enquête par le Ministère Public qui décide de cette aide selon les revenus des parties. Elle est pratiquement toujours accordée aux femmes, sauf exception. Les avocats ne sont pas rémunérés par L'Etat à ce titre. L'avocat n'est pas obligatoire en toutes matières mais les parties y recourent souvent.

A Casablanca, nous avons été surpris par le caractère bruyant d'une audience de premier appel des causes qui est publique. Il nous a été précisé qu'il était d'usage que les parties se fassent accompagner des enfants et des membres de la famille. Le divorce est un événement familial au sens large du terme.

Nos questions ont révélé des divergences intéressantes entre juges marocains, notamment sur les points suivants :

- la vérification ou non des motifs pour le divorce discorde,
- la consignation du mari qui n'est pas toujours exigée,
- la désignation d'arbitres qui n'est pas systématique selon la probabilité ou non d'une conciliation,
- l'exequatur de décisions françaises en matière de concubinage qui pose problème puisque l'homme a reconnu son enfant mais qu'il n'y a pas volonté de se marier, même plus tard,
- l'expertise génétique qui est ordonnée dans un tribunal malgré l'opposition du père présumé mais qui est refusée dans les autres juridictions,
- la divergence d'interprétation de l'ordre public marocain dans le cadre des filiations hors mariage.
- A Rabat, comme le mariage par mandataire est possible, le divorce avec possibilité de comparaître par mandataire est autorisé dans des circonstances exceptionnelles. Ce n'est pas possible dans notre système, mais, sauf erreur un tel mécanisme existe dans certains états américains.

Le taux de conciliations est impressionnant : il se situe entre 15 et 30 % (moyenne nationale), ce qui s'explique en partie par le fait que beaucoup de femmes ne sont pas indépendantes économiquement et que les prestations familiales sont beaucoup moins importantes qu'en France. Par exemple, à Rabat, le taux de conciliations est de 15 à 20% alors qu'à Casablanca, il est de 30 %. Certains magistrats procèdent à une 3^{ème} tentative de conciliation s'ils l'estiment nécessaire.

Le divorce discorde, qui est le plus novateur, est le plus fréquemment utilisé. Il a pour finalité première de réconcilier les époux, les magistrats étant unanimes sur cette priorité. Vient ensuite le divorce par consentement mutuel puis le divorce par compensation.

Le principe de la collégialité est maintenu et le recours au juge unique moins fréquent qu'en France. A Rabat, les audiences de conciliation ont lieu devant un juge rapporteur.

A Marrakech, les juges nous ont précisé que leurs délibérés étaient fixés à environ 15 jours.

A Meknès, une femme substitut est chargée de travailler avec les associations en vue d'informer les femmes victimes de violences des différentes procédures qui existent en la matière. A noter qu'à l'inverse du "référé violences" institué en France, l'article 53 du code de la famille marocain prévoit l'intervention du Parquet pour obliger le mari à reprendre ou à accueillir à nouveau sa femme au domicile conjugal.

* * *

Nous conservons un excellent souvenir de ces rencontres sur le terrain et de la liberté avec laquelle nous avons pu aborder les différents sujets, au risque parfois de surprendre nos interlocuteurs par notre insistance motivée par la volonté de bien comprendre les règles et leur interprétation.

-B- ECHANGES AVEC DES UNIVERSITAIRES

4 / Enquête à partir de jugements et de publications :

L'étude a porté sur 120 articles (dont 90% écrits par des hommes) et 22 ouvrages consacrés à la réforme du code de la famille. Il n'est pas trouvé trace d'une référence aux conventions internationales ratifiées par le Maroc.

Il en ressort que la loi est un texte de compromis destiné à gommer certains aspects qui soulèvent la critique de certains pays. Le divorce discorde a été inventé pour les femmes , notamment pour contrebalancer le divorce sous contrôle judiciaire (répudiation) mais on l'a étendu aux hommes pour respecter l'égalité des sexes. Les hommes utilisent d'ailleurs ce divorce discorde pour obtenir une conciliation puisque le premier objectif est la conciliation et non le divorce, mais aussi pour échapper à l'obligation de consigner -ce qui, comme on l'a vu, ne réussit pas devant tous les juges, notamment ceux du tribunal de la famille de Marrakech- et obtenir un divorce plus rapidement.

L'examen des jugements rendus fait ressortir des efforts de la part des juges pour s'adapter aux demandes des femmes et respecter l'esprit du divorce discorde qui ne donne pas en principe pouvoir au juge de porter une appréciation sur la pertinence des griefs allégués.

Il a toutefois été relevé la condamnation d'une femme à indemniser le mari pour demande abusive mais c'est une exception.

Le montant de la pension alimentaire pour les enfants est fixée en se référant aux seuls revenus du père et non ceux de la mère. Elle inclut les frais liés aux fêtes religieuses.

* * *

En fin de réunion, un débat s'est instauré au cours duquel, notamment, on a tenté de remédier aux difficultés de traduction. Le mot "dot" par exemple est mal choisi car il induit en erreur. Il vaudrait peut-être mieux conserver le mot arabe (à savoir sadaq) qui signifie don du mari pour prouver sa volonté de se marier. (à noter qu'en France, c'était la femme qui versait une dot !)

De même la notion "d'héritier réservataire" doit être comprise dans un contexte où la loi définit très strictement les règles de dévolution successorale. Il n'y a pas de liberté en la matière sauf à recourir au Tanzil, qui consiste à conférer à un tiers la qualité d'héritier. Dans ce cas il faut respecter les droits des héritiers réservataires (Fardh).

Le mot "viduité" ou l'expression "retraite de viduité" se réfère aux trois cycles menstruels de la femme mentionnés dans le Coran et n'a rien à voir avec notre délai de viduité en droit français.

Enfin le "don de consolation" correspond à une indemnisation de la rupture par le mari qui doit protection à la femme. Mais cette institution ne correspond pas parfaitement à la prestation compensatoire dans la mesure où, le principe est que toutes les femmes, qu'il y ait ou non disparité de situation financière avec le mari, y ont droit.

L'article 400 institue un principe de subsidiarité invitant le juge à se référer à la loi coranique en cas de vide juridique.

Le groupe de chercheurs a précisé qu'il n'avait pas eu le temps de procéder à une enquête auprès des avocats mais y songe pour compléter l'étude.

Cette rencontre passionnante devrait donner lieu à la rédaction d'un rapport.

CONCLUSION

Il ne fait aucun doute que ce nouveau code de la famille marocain s'inscrit dans une volonté de modernisation et en tout cas de mise à niveau sur les standards juridiques internationaux en matière d'égalité des droits de l'homme et de la femme et de reconnaissance de l'intérêt de l'enfant.

L'objet de ce rapport n'est pas de porter un jugement de valeur sur cette évolution législative, mais de donner aux magistrats français notamment ceux qui sont chargés d'appliquer le droit de la famille, plus largement aux juristes intéressés, des outils leur permettant de mieux comprendre l'esprit de ces textes et la façon dont ils sont appliqués et compris par nos collègues marocains.

Le Juge aux Affaires Familiales ne peut méconnaître **la convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire dont la Cour de Cassation ne cesse de répéter depuis des années qu'elle doit être appliquée d'office par le juge français divorçant 2 nationaux marocains, que ces derniers le veulent ou non** (Cour de Cassation ch.1 20/06/2006). Le respect de cette exigence suppose une bonne connaissance et une bonne compréhension de ces textes afin notamment de ne pas tomber dans la facilité consistant à considérer un peu rapidement qu'ils contrarient la conception française de l'ordre public international.

Cela doit être apprécié au cas par cas, qu'il s'agisse d'appliquer ce droit ou de le reconnaître et de lui donner ou reconnaître des effets en France.

Il faut être bien conscient que c'est également à la lumière de ces nouveaux concepts que le juge marocain donnera effet ou non aux décisions françaises et que l'on ne peut, dans l'intérêt bien compris des justiciables concernés, se désintéresser de cet aspect du problème.

Il ne s'agit évidemment pas non plus de renoncer à ce qui constitue le fondement de nos principes juridiques en matière d'égalité des sexes et de défense de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais le respect de ces exigences n'est pas incompatible avec une approche ouverte, accueillante d'un système étranger qui a été modifié de façon importante, malgré des résistances culturellement compréhensibles d'une partie de la population. Cette avancée mérite d'être connue, reconnue même en certaines de ces dispositions, une attitude contraire risquant d'alimenter ou de renforcer le discours de ceux qui ne rêvent que d'un retour aux principes anciens.

Nous savons qu'après diverses hésitations, la Cour de Cassation a adopté, avant l'entrée en vigueur du nouveau code de la famille marocain, une position claire sur la question de la répudiation de la femme par le mari en considérant qu'il y a rupture du principe de l'égalité des époux dès lors que la juridiction étrangère a constaté une répudiation unilatérale du mari sans donner d'effet à l'opposition éventuelle de la femme, ce alors qu'en sus l'autorité compétente n'a d'autre pouvoir que celui d'aménager les conséquences financières de cette rupture du lien matrimonial et ce quand bien même l'épouse aurait été régulièrement appelée à la procédure.

Sur ce dernier point, l'évolution législative est notable puisque le divorce sous contrôle judiciaire, sur requête du mari, ne peut plus être autorisé par le juge sans que l'épouse ait été appelée à la procédure et il appartient au ministère public de procéder aux diligences nécessaires. Si ces principes sont respectés, ce qui sera vérifiable au moyen des mentions portées dans le jugement et éventuellement par la présentation des actes d'enquête et de procédure, le moyen tiré du non respect de l'ordre public procédural, ne devrait plus constituer un motif de rejet.

Sur le principe de l'égalité des époux quant à l'accès à la rupture du lien matrimonial, il est désormais reconnu à la femme par l'institution du divorce pour discorde, même s'il existe à cet égard des jurisprudences divergentes, certains juges -position apparemment minoritaire si les nombreux magistrats rencontrés sont représentatifs du corps- considérant qu'ils ont à porter une appréciation sur la pertinence du ou des griefs, faculté pourtant non prévue par le texte. Mais la question devrait être définitivement réglée par la Cour Suprême.

L'égalité des époux est désormais acquise pour ce qui est de l'accès au divorce, ce qui n'était pas le cas auparavant en raison de la difficulté pour les femmes de rapporter la preuve des griefs dans le cadre du divorce préjudice.

Il reste qu'effectivement, lorsque le mari a pris l'initiative d'un divorce sous contrôle judiciaire, si les conditions formelles sont réunies, le juge ne peut, après la ou les tentatives de conciliation d'usage, qu'aménager les conséquences financières pour l'épouse et autoriser le prononcé du divorce.

Mais le caractère automatique de cette rupture avec ou sans connotation fautive, qu'elle résulte d'une initiative du mari ou de l'épouse, est-elle contraire à notre conception de l'ordre public international ? Refuse-t-on de reconnaître le divorce faillite prononcé par nos collègues allemands ?

Le divorce pour altération définitive du lien conjugal est-il si étranger à ce divorce constat du droit marocain ?

Il appartiendra à chacun de se prononcer soit dans le cadre de procédures d'exequatur ou d'actions en inopposabilité ou encore dans le cadre d'un contrôle incident de la régularité internationale de la décision étrangère, ce dans l'attente de la position de la Cour de Cassation qui n'a pas encore été saisie à notre connaissance d'un contentieux relatif à l'exequatur d'un divorce prononcé sous contrôle judiciaire par le juge marocain sous l'empire de la nouvelle Moudawana.

S'agissant de l'application même du droit marocain à deux nationaux marocains divorçant en France, il apparaît raisonnable de considérer que peuvent être utilisés sans risque de contrariété avec l'ordre public de proximité :

- le DIVORCE CHICAO OU POUR DISCORDE, qui peut être sollicité par les deux époux conjointement comme

le divorce par consentement mutuel, et qui conduit à exactement la même démarche de conciliation. Il n'est pas nécessaire de demander les motifs du divorce. Il suffit de constater simplement que les époux sont en conflit et ne souhaitent pas poursuivre leur vie commune, puis de reprendre dans le jugement les effets tels qu'ils ont été organisés amiablement par les époux et leurs avocats. Ainsi, la loi marocaine est respectée, dans son esprit comme dans sa forme.

- le divorce "pour faute" correspondant au divorce pour préjudice ou pour les autres fautes ci-dessus spécifiées.

Quant à l'appréciation des conséquences financières, même s'il est clair que celles accordées par le juge marocain sont en valeur nettement plus faibles que celles fixées en France au titre de la prestation compensatoire, rien n'interdit au juge français de procéder à l'évaluation qu'il juge équitable, sans pour autant remettre en cause les mécanismes juridiques de droit marocain (Idda, Mout'â etc..). On voit mal en effet pour quels motifs une telle décision ne serait pas reconnue par nos collègues marocains tout à fait prêts à admettre des différences d'évaluation fondées sur des niveaux de vie non comparables.

Le 21 février 2008