

Pour en finir avec la répudiation en droit marocain : le divorce par déclaration et le divorce par jugement

22 juin 2007

L'Islam ne contraint pas deux époux à demeurer unis toute la vie, si cette union n'est manifestement plus viable. Le principe de l'indissolubilité du mariage est de mise dans le monde chrétien, lequel considère le mariage comme un lien sacré, un engagement devant Dieu (ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare pas). Il ne correspond pas à l'approche musulmane qui voit dans le mariage un contrat comportant des obligations réciproques, et non un acte de foi.

Le terme arabe *Talaq* signifie rupture, ou encore séparation, et il recouvre toutes les formes de rupture volontaire du lien conjugal à l'initiative de l'un ou l'autre des époux, ou des deux époux ensemble, sans prise en compte de la manière dont le lien conjugal est rompu. Il se rapporte donc à tous les divorces, et pas seulement à la rupture unilatéralement et arbitrairement décidée par l'époux.

Dans l'Islam des origines, ces modes de rupture étaient certes moins nombreux qu'aujourd'hui, et la Sourate 65 du Coran, dont le titre est « *Al Talaq* », « *le divorce* », contient les règles qui prévalaient alors. Il était considéré que seul l'homme pouvait décider de divorcer, et les versets de cette sourate avaient pour première finalité d'encadrer et de limiter ce pouvoir, conformément à la parole du Prophète qui considérait que si le divorce était licite, il n'en demeurait pas moins « *la chose la plus détestée par Dieu* » et qu'il fallait donc en limiter l'usage.

Par la suite, d'autres formes de rupture ont vu le jour, tel que le divorce avec compensation (*talaq khol'*) qui était la première forme de rupture à l'initiative de la femme¹ : elle acceptait en contrepartie de son choix de renoncer à la dot qui lui avait été attribué lors du mariage. Ce mode de rupture a été vivement critiqué dans son application contemporaine, dans la mesure où l'épouse demandant le divorce est souvent contrainte, pour recouvrer sa liberté, à renoncer non seulement à la dot, mais à toutes sortes de droits ou de biens matériels qui ne figuraient pas dans le contrat matrimonial. Cette dérive fait de ce mode de divorce une procédure manifestement inéquitable, alors que la conception initiale reposait sur une logique contractuelle : la rupture du contrat matrimonial impliquait le retour dans le patrimoine du mari de la dot qu'il avait versé en contrepartie du mariage, rien de plus.²

On a vu également apparaître diverses formes de *talaq* déclarés non par le mari, mais par l'épouse :

- le "*Tamliq*" quand elle possède le droit de divorcer (ce droit peut être consigné dans le contrat matrimonial ou dans un autre contrat);

- le "*Takyiree* » ou le droit d'option, quand le mari ne veut pas divorcer mais lui confie l'option de maintenir ou de mettre fin à leur vie conjugale;

-le "*Tafwide*" ou la délégation. Il s'agit d'une procuration donnée oralement ou par écrit par l'époux à son épouse pour formuler le *Talâq*.

Plus récemment, le droit marocain a intégré une forme ultime de rupture à l'initiative ou avec l'accord de l'époux, le divorce par consentement mutuel, autrement dit par déclaration conjointe.

¹ Averroès, dans *Bidâyah Al-Mujtahid*, volume 2, chapitre du *talâq* : "Tout comme un homme peut avoir recours au *talâq* lorsqu'il n'aime pas sa femme, la législation islamique (*shari'ah*) donne à la femme le droit de mettre fin à son mariage si elle n'aime pas son mari. Cependant, elle devra lui rembourser la dot qu'il lui a versé à moins qu'il n'y ait des circonstances en raison desquelles un juge pourrait forcer le mari à prononcer le *talâq* sans exiger de compensation de la part de sa femme."

² Il existe un hadith concernant la femme de *Thâbit Ibn Qays*, Compagnon du Prophète, lorsqu'elle alla trouver le Prophète pour se plaindre de son mari. Elle lui dit qu'elle n'avait aucun grief en particulier contre son époux mais qu'elle ne souhaitait pas rester avec lui plus longtemps. Le Prophète ne posa aucune question à son sujet ni au sujet de son mari pour connaître les raisons qui motivaient son désir de divorcer. Il lui demanda si elle acceptait de rendre ce qu'elle avait reçu comme dot. C'était un verger. Elle répondit qu'elle le lui rendrait. Le Prophète ordonna à son mari d'accepter le verger ainsi que le *khol'*.

Tous ces modes de rupture ont pour points communs :

- 1- qu'il n'est pas nécessaire de se prévaloir de l'existence d'une faute de la part du conjoint pour initier la rupture.
- 2- que c'est l'un des époux ou les époux ensemble qui expriment leur volonté de rompre et formalisent cette volonté par une déclaration solennelle devant témoins, dans une forme comparable à celle qui a prévalu pour la conclusion du mariage ;
- 3- qu'aucun de ces modes de rupture ne peut se concrétiser si l'époux n'a pas adhéré à un moment ou un autre à la démarche : en autorisant l'épouse à agir ou en agissant lui-même.

Pour répondre aux difficultés résultant de ce dernier point et permettre à l'épouse de passer outre le refus de rompre du mari, la jurisprudence, en particulier celle du rite malékite, a admis que la femme victime d'un comportement fautif du mari pouvait avoir recours au juge pour provoquer cette rupture. Cette forme de divorce, le *Tatliq*, pourrait se traduire par « rupture par un tiers », l'intervenant extérieur au couple étant en l'occurrence le juge, puisque c'est la décision du juge, et non la déclaration des parties, qui provoque dans ce cas la rupture du lien matrimonial.

Le *Tatliq* est donc une forme particulière de *Talaq*, initialement ouverte uniquement à l'épouse puisque l'homme pouvait toujours déclarer le *Talaq* sans évoquer l'existence d'un préjudice particulier imputable à son épouse.

La grande innovation du code marocain de 2004, c'est l'introduction du « *talaq chiqaq* » (divorce pour discorde), qui est la possibilité de recourir au juge pour prononcer la rupture hors de toute faute imputable à l'autre époux, simplement parce que la mésentente au sein du couple, attestée par l'échec d'une procédure de conciliation, rend la vie commune insupportable. C'est d'abord en pensant à la situation des épouses n'ayant pas de faute précise à invoquer, ou étant dans l'incapacité de rapporter la preuve de la faute, que cette procédure a été imaginée. Mais elle a été également ouverte aux maris, qui se voient désormais autorisés à recourir au juge pour que celui-ci prononce le divorce. Le *talaq chiqaq* a logiquement et rapidement supplanté toutes les autres formes de divorce, qu'il s'agisse des ruptures unilatérales à l'initiative du mari, du *talaq k'hol* à l'initiative de l'épouse, ou même des autres divorces *Tatliq* supposant la démonstration d'une faute rapportée au juge par l'épouse.

Parallèlement à la forme judiciaire du divorce qu'est le *Tatliq*, le législateur marocain a significativement renforcé la présence du juge dans les divers modes de divorce par déclaration, en faisant intervenir le juge à tous les stades de la procédure, non pour décider de la rupture, mais pour encadrer le droit à cette rupture, en vérifier l'équilibre et en fixer les conséquences matérielles et juridiques.

L'assimilation abusive du terme *Talaq* à la répudiation trouve son explication dans les traductions du Coran en langue française. La confusion entre *Talaq* et répudiation apparaît dans de nombreuses traductions du Coran, Si, en ce qui concerne le titre de la Sourate 65, tous les traducteurs s'accordent pour utiliser le terme « divorce », la traduction des versets qu'elle contient fait apparaître, selon les traducteurs, soit le mot « divorce », soit le mot « répudiation ».

Or le terme « répudiation » généralement employé en langue française pour désigner la rupture unilatérale par le mari telle qu'elle était organisée par la Sourate 65, ne correspond plus à la réalité marocaine d'aujourd'hui :

- à l'époque de l'introduction de cette Sourate dans le Coran, il n'était pas question de l'intervention d'un juge pour contrôler l'action de l'époux. La volonté du mari avait pour seule limite l'interdiction de revenir plus de deux fois sur la rupture annoncée, afin que la situation de l'épouse ne soit pas totalement instable (règle du troisième *Talaq* irrévocable).
- Seule l'existence d'une faute imputable au mari pouvait justifier le recours au juge, pour forcer le mari à prononcer le *Talaq*. Dans le droit marocain d'aujourd'hui l'intervention du juge est incontournable et le caractère arbitraire et unilatéral de la rupture a été considérablement

atténué, par l'exigence d'une procédure contradictoire en présence du juge et par la capacité donnée au juge de sanctionner pécuniairement l'usage abusif de ses droits par le mari ;

- le *Talaq* recouvre désormais des formes variées de rupture du lien conjugal, qui supposent pour la plupart d'entre elles une adhésion, voire une décision explicite de divorce de la part de l'épouse. Il ne paraît pas acceptable qu'un mot soit traduit de manière différente, divorce ou répudiation, selon le bon vouloir et la perception personnelle des traducteurs et que cette confusion conduise à un amalgame entre des procédures et des situations radicalement différentes.
- il est vrai que, contrairement au divorce judiciaire qui est désigné par un terme spécifique en arabe, *Tatliq*, il n'existe pas en langue arabe de terme particulier pour désigner les divorces par déclaration, notamment les divorces par déclaration unilatérale du mari. Sans doute l'emploi du terme « *répudiation* » pouvait assez bien restituer en langue française l'esprit et la lettre du Coran. En revanche, il ne correspond plus au concept de divorce par déclaration du mari, tel qu'il est désormais défini dans la loi marocaine.

La traduction officielle du code de la famille ne fait plus apparaître le terme « *répudiation* ». Il s'agit d'un choix politique, qui se justifie par la connotation généralement négative de ce terme dans le monde occidental, mais ce choix se fonde aussi sur une réalité juridique : l'actuelle procédure comporte des éléments essentiels qui ne se retrouvent pas dans la conception traditionnelle de la répudiation.

Le code distingue deux catégories de divorce, les divorces sous contrôle judiciaire et les divorces judiciaires. Cette formulation reste ambiguë et entretient la confusion sur la place réservée au juge dans le divorce. Il n'est pas exact, en effet, de prétendre que dans la première de ces catégories le juge n'a qu'un rôle d'arbitre, c'est un acteur à part entière dont les décisions pèsent directement sur les effets de la rupture. Sans doute, le juge ne peut-il pas faire échec à la disparition du lien conjugal si ses tentatives de conciliation échouent, il ne peut que prendre acte de la volonté des parties. Mais c'est également le cas pour le divorce *chiqaq*, qui rentre pourtant dans la catégorie des divorces judiciaires ; ce critère n'est donc pas le plus pertinent.

Je suggère pour ma part de définir ces deux catégories en opérant le partage selon la nature de l'acte qui concrétise la rupture et non en fonction de la place du juge dans la procédure : les divorces par déclaration et les divorces par jugement. Dès lors le terme générique « *Talaq* » serait toujours traduit par « *divorce* », et la procédure autrefois désignée en français par le mot « *répudiation* » devrait recevoir l'appellation distinctive de « *divorce par déclaration du mari* », plus conforme à l'esprit et à la lettre de la législation marocaine.

S'agissant de l'application du droit marocain du divorce par les juges français, conformément aux règles de conflit de loi qui sont arbitrées par la convention bilatérale du 10 août 1981 relative au droit de la famille, il apparaît évident que l'application par un magistrat français des procédures de divorce par déclaration est impossible. Il n'est même pas besoin de s'interroger, à ce stade, sur la conformité ou non des dispositions de droit marocain à l'ordre public français, il suffit de relever que la pierre angulaire de ces procédures consiste en une déclaration des intéressés devant les adoul, et non en une décision judiciaire. De ce constat, il faut déduire qu'il est impossible à un juge français de prononcer un divorce par consentement mutuel selon le droit marocain, puisque cette procédure entre dans la catégorie des divorces par déclaration.

Les tribunaux français ne peuvent donc prononcer que des divorces *Tatliq*, autrement dit les divorces judiciaires, dans lesquels je distinguerai deux grands ensembles, celui des divorces pour raison de discorde, et celui des divorces judiciaires pour d'autres causes.

S'agissant du divorce *chiqaq*, qui devrait en France comme au Maroc devenir le mode de rupture judiciaire le plus courant, il me semble qu'il existe plusieurs difficultés pratiques que je souhaite voir abordées, et en premier lieu, parce que cette phase est essentielle, la question de la désignation des arbitres.

Je ne suis personnellement pas convaincu de l'obligation de désigner deux arbitres. J'observe en effet que la mission de conciliation confiée au tribunal doit être conduite selon les dispositions figurant à l'article 82 du code, donc de la même manière que pour les divorces par déclaration. C'est d'abord au tribunal lui-même qu'il incombe de mettre en œuvre la démarche de résolution du conflit. L'article 82 permet la désignation d'arbitres, mais n'en fait pas une obligation : c'est une des mesures utiles que le tribunal peut prendre s'il estime qu'elle est de nature à permettre la réconciliation, et ce n'est pas parce que le texte de loi explicite les modalités d'intervention des arbitres qu'elle en fait une étape obligatoire du processus de conciliation.

L'article 82 n'impose pas non plus que ces arbitres appartiennent à l'entourage familial des conjoints : toute personne que le tribunal estime qualifiée peut être désignée. L'un des membres de la formation de jugement peut également se voir confier la mission de conciliation, de sorte que le JAF peut parfaitement se contenter, me semble-t-il, de ses propres tentatives.

En revanche, le principe de la double tentative de conciliation en cas d'enfants issus du couple, avec un délai d'au moins 30 jours entre les deux audiences, également prévu à l'article 82, me semble devoir être respecté, puisque l'esprit du texte, c'est de tenter par tous les moyens disponibles de mettre fin au différend qui oppose et qu'il semble logique que la présence d'enfants justifie des efforts particuliers. Le droit français prévoit dans certaines circonstances une conciliation en deux temps (article 252-2 du code civil), qui ne peut donc pas être considérée comme contraire à notre ordre public.

Yves Rabineau
Magistrat de liaison