

# **Le code marocain de la famille et ses implications, du mariage et du divorce : regards après 13 années d'application**

**Rapport dans le cadre de.....**

**Co-rédigé par :**

**Dr. BOUTKHIL Hasna & Dr. SBIA Rachid**

## **Introduction**

La loi n° 70-03 portant code marocain de la famille, entrée en vigueur le 6 février 2004, a introduit plusieurs réformes et dispositions dans les rapports au sein de la famille. L'objectif poursuivi était d'harmoniser, autant que possible, l'approche basée sur l'égalité du genre avec la législation nationale ainsi que le respect des droits de tous (femme, homme, enfant). Mais, la visibilité de cette loi dont la réforme de 2004 s'est faite la promotrice s'est ancrée dans un domaine aux accents très largement compétitifs. Cette réforme ne s'est pas faite sans encombre, elle s'est heurtée à la résistance au changement par les courants traditionnalistes et demeure le résultat de plusieurs années de tractations et d'affrontements entre ces derniers et les réformateurs ou modernistes.

Le législateur marocain, même en adoptant de nouvelles dispositions, n'a toujours pas rompu avec les règles du *fiqh* (les règles de la charia islamique). Ainsi, il est énoncé dans le préambule du code de la famille : « ... *En insistant sur le strict respect de la charia et des desseins tolérants de l'islam, tout en l'incitant à l'effort jurisprudentiel (ijtihad) pour la déduction des prescriptions légales...* ». Le législateur a tenté donc d'articuler les contraintes du monde moderne à l'esprit du *fiqh* islamique.

Cependant, malgré les innovations introduites par le nouveau texte tel que l'établissement du principe de la coresponsabilité et l'égalité des droits et des devoirs entre les époux, la suppression

de la tutelle (*wilaya*) pour le mariage de la fille majeure et l'abandon du principe de l'obéissance de la femme à l'homme, les objectifs affichés de la réforme voient leur réalisation très relative.

La présente étude est le résultat d'une recherche menée et réalisée entre février et juin 2017, dans plusieurs villes du Maroc et plus spécifiquement dans la région de l'oriental. Elle a pour objectif de mettre en lumière le degré de perception et d'application des dispositions du code marocain de la famille par les magistrats. Cette recherche a été élargie à plusieurs juridictions de villes de dimensions variables (petites, moyennes et grandes villes). Le but de cette variation des tribunaux est de déceler le degré d'influence des décisions de chaque juridiction et la position des juges de la famille sous les fourches caudines des textes du droit de la famille.

Les villes d'Oujda, Rabat, Nador, Berkane, Taourirt et Guercif ont été choisies pour servir de base à une réflexion destinée à faire connaître plus largement le fonctionnement et la jurisprudence des sections de la justice de la famille et de rendre compte de leur activité tant par des données statistiques que par l'évocation d'une sélection de décisions rendues. Le choix a été délibérément fait de limiter l'analyse à la jurisprudence la plus récente. Les cas étudiés sont finalement des indications sur l'effectivité de l'application du droit de la famille à l'échelle nationale.

A cet effet, des entretiens avec sept (7) magistrats du premier degré des différentes juridictions, dont le président de la section de la justice de la famille d'Oujda, se sont déroulés durant la période de février à mai 2017. Ils ont été menés avec les juges individuellement et ont duré en moyenne plus d'une heure pour chacun d'eux. Sur ces sept (7) juges, trois (3) sont des femmes. Nous avons même été invités à assister à plusieurs audiences de divorce et de répudiation à Oujda, Berkane et Nador où nous avons pu observer de près la pratique des magistrats quant à l'application de certaines dispositions du code de la famille.

Généralement, les magistrats et le personnel des greffes ont répondu positivement à nos sollicitations (demandes de jugements, précisions sur certains dossiers, statistiques...). Cependant, quelques responsables en charge du personnel du greffe ont fait preuve de réticence et d'attentisme à l'égard de notre présence au sein du tribunal. Mais, convaincus que nous étions de la nécessité de nous appuyer sur la jurisprudence pour mieux comprendre cette matière. Nous nous sommes donc procuré une jurisprudence appréciable par des voies particulières et

personnelles ; des décisions de la Cour de cassation dans ce domaine d'autant qu'il n'est pas de meilleur point de vue que le niveau suprême.

Cette recherche conduit également à la formulation d'une série de propositions. En effet, il s'agit de dépasser la mise en évidence d'un « code de la famille modèle » pour en tirer des conséquences aux possibilités de réforme du droit de la famille. Une telle démarche paraît d'autant plus nécessaire qu'un certain nombre de dysfonctionnements ou de risques liés à l'affaiblissement de cette matière ont été mis en lumière dans ce travail.

Au final, le but de la présente étude est donc de tenter de présenter une synthèse générale, forcément incomplète, des principales questions qui se rencontrent dans les dossiers. Certaines de ces questions sont très fréquentes, d'autres beaucoup plus rares, mais toutes méritent intérêt. Qu'il nous soit alors permis de nous demander si la question féminine pourra trouver ses solutions dans le code de la famille au travers d'un questionnement centré sur des sujets épineux comme le mariage et le divorce .

Dans ce travail, une première partie sera consacrée au mariage et ses manifestations **(I)**. Dans une seconde partie, le rapport invitera à une réflexion sur quelques figures de la dissolution des liens du mariage **(II)**.

## **I) Le mariage**

Quelles que soient les mutations de la société et les courants contradictoires qui traversent l'institution familiale au Maroc, le mariage est érigé en véritable institution. Il demeure la seule voie admise pour constituer une famille légitime. L'adjectif ici est très important, c'est le mariage et lui seul, qui assure à la famille sa légitimité.

D'ailleurs, le droit marocain a réservé un cadre très réglementé au mariage. La manière dont le code de la famille traite du mariage, de sa dissolution, de ses effets, est révélatrice de l'intérêt qu'il lui accorde. Il est en outre significatif qu'il consacre à la définition du mariage et surtout à la conception qu'il s'en fait, un article placé au frontispice de son livre premier. Cet article 4 du code de la famille, dont il convient de détacher l'extrait suivant : « *le mariage [recouvre] un pacte fondé sur le consentement mutuel en vue d'établir une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour but la vie dans la fidélité réciproque, la pureté et la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux...* »

On notera pourtant que malgré l'importance des diverses questions qui nous interpellent, nous allons nous suffire de deux indicateurs dans le volet mariage. Le premier concerne le mariage des mineurs (**A**), le second se rapporte à la polygamie (**B**). Ces deux questions touchent

essentiellement la philosophie de la réforme en raison de leur caractère anachronique en déphasage par rapport à l'esprit du texte ainsi que les principes des droits de l'Homme.

### **A) Mariage des mineurs**

Si l'on s'en tient à l'énoncé de l'article 19 du code marocain de la famille, «*La capacité matrimoniale s'acquiert, pour le garçon et la fille, jouissant de leurs facultés mentales, à dix huit années grégoriennes révolues*». Aussi, L'âge de la majorité légale est fixé à dix huit années grégoriennes révolues (article 209 du code de la famille). Toutefois, cette condition se trouve, atténuée par les dispenses accordées par le législateur marocain.

En effet, l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 20 du code de la famille précise que «*Le juge de la famille chargé du mariage peut autoriser le mariage du garçon et de la fille avant l'âge de la capacité prévu à l'article 19 [ci-dessus], par décision motivée précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage, après avoir entendu les parents du mineur ou son représentant légal, et après avoir eu recours à une expertise médicale ou procédé à une enquête sociale* ». C'est donc le juge qui a le pouvoir souverain d'apprécier, en l'occurrence, d'autoriser le mariage du mineur avant l'âge de la capacité matrimoniale.

Cette appréciation et cette autorisation s'expliquent pour des raisons d'intérêt ou de nécessité motivée par les parents ou le tuteur légal, sans pour autant oublier l'aptitude physique par une expertise médicale. Aussi, il est certain que le choix du terme « motifs » pour justifier les dispenses d'âge accordées, n'a pas délimité les faits, certainement très variés, qui peuvent fournir cette exception.

Le juge, après avoir entendu le mineur (e), et ses parents, accorde ou pas l'autorisation du mariage. Dans l'affirmative, La décision du juge est exécutoire dans l'immédiat et n'est susceptible d'aucun recours. Contrairement à la décision de refus qui peut faire l'objet de recours (article 20 du code de la famille). En cas de refus d'approbation par le représentant légal du mineur(e), le juge est tenu de statuer en l'objet. Sa décision peut aller outre la volonté du représentant : Tribunal de première instance de Nador, jugement n° 12/2009, dossier n° 06/2009.

### **1) Tableaux statistiques et lecture des données :**

<b>Tableau 1 : statistiques des mariages des mineur(e)s au niveau national pour l'année 2015</b>			
<b>Affaires enregistrées</b>		<b>Affaires jugées</b>	
		<b>Acceptation</b>	<b>Refus</b>
<b>Total demandes</b>	41669	35479	6190
<b>Taux par rapport au total des demandes</b>		85,14%	14,86%

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles, Bilan d'activité de la justice de la famille pour l'année 2015, 22 juillet 2016.

Le tableau fait ressortir l'importance du nombre d'actions en demande d'autorisation de mariage de mineurs. L'analyse des chiffres révèle que les sections de la justice de la famille se montrent, dans l'ensemble, généreusement favorables à ces demandes. Ces données et autorisations ne fournissent pas de renseignements qu'à partir de la tranche d'âge de quatorze ans et pas avant, alors que la réalité montre bien que même les filles les plus jeunes (moins de quatorze ans) ne sont pas épargnées par ce phénomène.

<b>Tableau 2 : Répartition des demandes de mariage de mineurs selon le sexe et le lieu de résidence pour l'année 2015 (niveau national)</b>				
	<b>Demandes formulées par un mineur de sexe masculin</b>	<b>Demandes enregistrées</b>	<b>Demandes jugées</b>	
		422	<b>Acceptation</b>	<b>Refus</b>
			329	93
<b>Répartition selon le sexe</b>	<b>Taux par rapport au</b>	1,01%	77,96%	22,04%

	<b>total des demandes</b>			
	<b>Demandes formulées par un mineur de sexe féminin</b>	41247	35150	6097
	<b>Taux</b>	98,99%	85,22%	14,78%
<b>Répartition selon le lieu de résidence</b>	<b>Demandeurs résidant en milieu rural</b>	28393	24118	4275
	<b>Taux</b>	68,14%	84,94%	15,06%
	<b>Demandeurs résidant en milieu urbain</b>	13276	11361	1915
	<b>Taux</b>	31,86%	85,58%	14,42%

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles.

Les statistiques permettent également une redistribution des demandes d'autorisation de mariage pour les mineurs durant la même période et selon le sexe du demandeur et son lieu de résidence (urbain ou rural). Les demandes intéressent, presque toutes, des jeunes filles : 98,99% des demandes, avec un taux d'acceptation de 85,22%, soit 35150 dispenses d'âge. Ces demandes d'autorisation de mariage concernent beaucoup plus des filles issues des milieux ruraux que celles vivant en milieu urbain. Cette dernière proportion est non négligeable avec un total demandes de 13276 représentant un taux de 31,86% d'un nombre global de 41247 demandes.

<b>Tableau 3 : Mesures préalables prises pour les demandes de dispense d'âge acceptées en 2015 (niveau national)</b>		
<b>Enquête</b>		<b>Taux du total demandes</b>
<b>Expertise médicale</b>	15361	43,30%
<b>Enquête et expertise</b>	10851	30,58%

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles.

Au niveau national, l'enquête sociale a été diligentée dans 9267 affaires. L'expertise médicale dans 15361 affaires et les deux procédés ont été utilisés dans 10851 cas. Cette différence dans le traitement des dossiers peut se répercuter sur le nombre d'autorisations de mariage des mineures dans chaque section.

## **2) Etude de cas :**

Sur les dix (10) décisions étudiées, le Tribunal de première instance d'Oujda s'est prononcé favorable à l'autorisation de mariage dans sept (7) espèces et a rejeté trois (3) demandes. Force est de constater que le bilan des décisions de justice réunies sur le sujet fait état d'une acceptation généralisée.

L'admission confirmée par les sept (7) décisions du Tribunal de première instance d'Oujda rappelle le caractère formel du contrôle du juge qui se satisfait d'entendre brièvement les parents et le mineur(e), d'un constat visuel (corpulence=maturité), d'un certificat médical au lieu d'une expertise et qui n'ordonne que très rarement une enquête sociale pour construire son opinion. Au fait, si le législateur a estimé opportun d'entendre les parents du mineur(e) prétendant au mariage, les risques de pression sur les filles essentiellement, ne sont pas pour autant à négliger.

Dans les trois (3) cas de rejet de la demande d'autorisation, l'inaptitude physique aux rapports conjugaux était très apparente dans deux (2) cas et entérinée par un certificat médical. Pour la troisième espèce, le motif du refus était l'âge très bas de la mineure : 14 ans.

En réalité, pour apprécier correctement la capacité des futurs époux à contracter mariage, la maturité psychologique paraît plus significative que la capacité physique à avoir des rapports sexuels.

Par ailleurs, un constat a été fait. La condition de l'expertise médicale varie d'un tribunal à l'autre dans l'ensemble du pays. Dans certains cas, il s'agit d'une simple audition du mineur, lorsqu'il s'agit d'une fille surtout, par le juge sur la date du premier cycle menstruel, l'âge auquel elle a jeûné pour la première fois au Ramadan... Dans d'autres cas, et à notre grande surprise, le tribunal de première instance de Guercif (une petite commune de l'oriental) exige, dans la majorité des

cas, l'expertise médicale du mineur(e). Sur douze (12) affaires passées en audience du 15 mars 2017, cinq (5) ont fait l'objet d'une ordonnance d'expertise médicale faite par un médecin expert désigné par le tribunal. On trouve de la sorte une multitude de dossiers qui rappellent cette décision : dossiers n° 47/1616/2017, 48/1616/2017, 49/1616/2017, 50/1616/2017, 51/1616/2017. Il en est pratiquement de même pour les sections justice de la famille des tribunaux de Nador et d'El Hoceima. Le tribunal de Taourirt, de sa part, exige d'établir une expertise médicale par un expert désigné, accompagnée d'une enquête sociale effectuée par l'assistant(e) social(e) du ressort de cette juridiction.

La variation de ces faits nous mène, en cas de refus par le juge, à un phénomène très répandu : celui de l'action en reconnaissance du mariage. Pour le couple n'ayant pas officialisé l'acte du mariage, il doit intenter une action de reconnaissance du lien conjugal devant le tribunal.

En effet et pour contourner la loi, certains parents forcent leurs filles mineures à se « marier » de façon coutumière sans acte officiel (par simple lecture de la sourate Al Fatiha et ce mariage est nommé mariage de fatha) et en présence de témoins, souvent membres des deux familles. Une fois « mariée », la jeune épouse est dans une situation d'incertitude et d'illégalité aux yeux de la loi, jusqu'à ce qu'elle soit majeure pour que le mari décide d'intenter une action en reconnaissance du mariage.

Dans d'autres situations, les filles mineures arrivent au tribunal, soutenues de leurs futurs conjoints et de leurs familles et essayent de mettre le juge dans une situation délicate et inconfortable, surtout qu'elles viennent, après un refus de dispense d'âge, enceinte hors mariage légal. Pour la majorité des juges enquêtés, le refus de la reconnaissance du mariage dans ces cas revient à condamner la fille et l'enfant qu'elle porte. Deux constats peuvent être tirés face à ce dilemme : accorder une dispense d'âge pour un mariage légal de mineurs ou accepter que les deux partenaires continuent à vivre une relation hors des liens du mariage.

Il est alors légitime de se demander si l'utilisation systématique du recours à une disposition, qui doit normalement rester exceptionnelle, doit toujours être fondée sur une crainte, justifiée ou non, de grossesse ou de relations sexuelles hors mariage.

## **B) La polygamie :**

La polygamie désigne l'état d'une personne mariée à plusieurs conjoints. Le concept recouvre dans les pays musulmans la pluralité d'épouses (polygynie). En droit marocain, elle désigne en pratique la seule pluralité d'épouses et elle est sérielle ou successive : les mariages se succèdent dans le temps. En principe, le même statut est reconnu aux diverses épouses. La polygamie est patriarcale agnatique et s'intègre dans un système de prééminence de la lignée masculine.

Loin de la supprimer, le code de la famille dans ses articles 40 et 41 l'a enserrée dans des limites qui devraient, en principe, la rendre difficilement réalisable. Par ailleurs, le maintien de la tétragamie n'est pas explicitement précisé. L'alinéa 2 de l'article 39 se contente de prévoir aux cas d'empêchement du mariage, l'union « avec un nombre de femmes supérieur à celui autorisé par la *Chari'a* (loi islamique) ».

D'après le code de la famille, le fait pour l'époux, encore engagé dans les liens d'un mariage, d'en contracter un autre, n'est pas érigé en valeur. Ce n'est qu'une tolérance tempérée par une exigence d'égalité tellement impérieuse et soumise à une autorisation du juge. Cette autorisation est une décision qui relève de la formation collégiale du tribunal. Elle est préalable et peut être refusée ou n'être accordée que lorsque la « nécessité » en est prouvée. Or, la pratique fait apparaître que la « nécessité », notion imprécise et non définie par la loi, prête à interprétation. Elle est subjective et ne met en jeu que la conviction, l'attitude personnelle et le désir du demandeur, à l'exclusion de toute autre considération.

Le tribunal n'autorise pas la polygamie dans les cas suivants :

- Lorsqu'une injustice est à craindre entre les épouses... (article 40).
- Lorsque l'épouse aurait exigé de son époux qu'il s'engage à ne pas lui enjoindre une autre épouse (article 40).
- Si sa justification objective et exceptionnelle n'est pas établie
- Si le mari ne dispose pas de suffisamment de ressources pour entretenir les deux familles et garantir tous les droits (article 41).

Ainsi, tant que la voie qui mène à la polygamie est ouverte, nous ne serons jamais à l'abri de son contournement et de son instrumentalisation de manière illicite dans le mariage des mineures.

## 1) Données chiffrées :

Au niveau national, la direction des affaires civiles du ministère de la justice avait relevé 952 actes de mariage suite à des demandes d'autorisation de polygamie sur un total de 301746 actes de mariage établis pour l'année 2015, soit un taux de 0,32%. Pour cette même période, le nombre de demandes d'autorisation de polygamie au niveau national s'est élevé à 6510 affaires dont 4728 affaires enregistrées en 2015 et 1782 affaires déjà en instance. Le nombre total des jugements rendus par les sections justice de la famille indiqué par les statistiques du ministère pour la même période est de 4611 décisions dont 2050 ont confirmé l'autorisation de polygamie et 2561 l'on rejetée, soit des taux respectifs de 31,49% et 39,34%. Il importe de souligner que la différence entre le nombre d'actes autorisés et d'actes établis peut provenir de plusieurs raisons.

<b>Tableau 4 : Affaires sections justice de la famille année 2015 : demandes d'autorisation de Polygamie</b>					
<b>Affaires pendantes</b>					
<b>Stock</b>	<b>Affaires enregistrées</b>	<b>Total</b>	<b>Affaires jugées</b>	<b>Le reste</b>	<b>Taux du jugé parmi le pendant</b>
1782	4728	6510	4611 dont 2050 acceptations et 2561 refus	1899	Oui : 31,49% Non : 39,34%

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles.

Il est évident que les simples chiffres ne permettent aucune conclusion valable quant à l'envergure des faits relevés dans les divers dossiers relevés ; seul un examen de dossiers tenant compte des aspects pertinents, permettrait d'exprimer des conclusions fondées. Aussi, quelques chiffres sur le sens des décisions rendues dans les affaires jugées sont éclairants :

## 2) Etude de cas : section de la justice de la famille du tribunal de première instance d'Oujda.

**Neuf (9) cas de demande d'autorisation de polygamie :**

Sur neuf (9) décisions consultées et rendues après élévation des affaires devant la justice, le tribunal a prononcé trois (3) confirmations conduisant à autoriser le mari de prendre une autre épouse.

### **Pour les cas des autorisations de polygamie :**

#### ***1<sup>er</sup> cas :***

Le demandeur détient l'accord de sa première épouse, il invoque la séparation de corps depuis 5 ans ; aucune relation intime avec sa femme pendant toute cette période et il a justifié sa disposition de ressources suffisantes pour entretenir deux familles. (Contrôle du juge conformément à l'article 41 du code de la famille). Ainsi, l'inexécution du devoir conjugal pourrait servir de fondement à une action en demande d'autorisation de polygamie.

#### ***2<sup>ème</sup> cas :***

Il y'a accord de la première épouse. L'époux prétend ne pas être satisfait par les rapports intimes avec sa femme. Cette dernière ne le nie pas et affirme ne pas être en mesure d'avoir des rapports intimes surtout quand il est ivre.

L'époux a, tout de même, justifié disposer de moyens pour entretenir deux familles.

#### ***3<sup>ème</sup> cas :***

Le demandeur a justifié des ressources suffisantes pour assurer l'entretien de deux familles. Il a obtenu l'accord de sa première épouse et la justification objective et exceptionnelle de cette demande a été établie : sa première épouse n'a plus la capacité ni l'aptitude d'avoir des rapports sexuels

Il résulte des trois cas étudiés que les requérants soutiennent l'inexécution du devoir réciproque d'entretenir des relations sexuelles entre époux ou un état d'insatisfaction sur ce même plan. De même, l'inaptitude aux relations sexuelles ou l'impossibilité de procréer continuent d'être retenues comme causes de demande d'autorisation de polygamie. Il devient donc impossible de détacher l'obligation réciproque d'entretenir des relations sexuelles avec son conjoint de son fondement originaire. En effet, cette obligation puise sa source dans la finalité procréatrice du mariage. Celle-ci suppose pour chaque époux, non seulement l'obligation de cohabiter avec son

conjoint, mais aussi celle d'entretenir avec lui des relations sexuelles, communément appelée « devoir conjugal ».

Il faut souligner qu'au sein de la section de la justice de la famille d'Oujda, on estime qu'il faudrait autoriser la polygamie sous certaines conditions en prenant en considération les moyens financiers suffisants de l'époux pour entretenir deux familles et l'existence d'une raison objective et exceptionnelle autorisant le remariage. Quoique cette seconde condition ait été étroitement ramenée à l'état de maladie de la première épouse, à son refus ou à son incapacité d'exécuter son devoir conjugal en raison de son âge et la crainte pour le mari de tomber dans la fornication en recourant aux relations sexuelles hors mariage pour assouvir ses instincts naturels.

Une fois la procédure autorisée, le second mariage ne peut être conclu, tant que le juge n'aura pas informé la future épouse de la situation de polygamie de son prétendant, et tant que cette dernière n'aura pas accepté le mariage sous cette condition. Le tribunal doit s'assurer de son consentement et le constater dans un procès-verbal conformément à l'article 46 du code de la famille.

Si l'autorisation de polygamie a été accordée malgré l'opposition de la première épouse, l'accord de celle-ci n'étant pas déterminant dans l'octroi ou le refus de l'autorisation, le juge est tenu de l'informer que dans ce cas une procédure de divorce pour discorde sera engagée. S'il est établi pour le tribunal que l'épouse du prétendant à la polygamie désire divorcer, le juge fixe un montant que le requérant devra payer dans les sept jours, incluant les droits de l'épouse ainsi que ceux des enfants, le cas échéant, afin de poursuivre la procédure de divorce. Le divorce prononcé est alors un divorce irrévocable. Si la première épouse refuse la polygamie, sans demander le divorce, le tribunal engage d'office la procédure de discorde.

En outre, les dispositions de l'article 361 du code pénal sont applicables, sur demande de l'épouse lésée ne pouvant être convoquée pour cause de fraude de la part de l'époux prétendant à la polygamie, qui aurait produit au tribunal une adresse erronée ou aurait communiqué un nom ou prénom inexact de l'épouse.

À cette procédure un peu complexe s'ajoute une difficulté toute particulière. La décision d'autorisation de polygamie est rendue sans possibilité de voie de recours ce qui risque d'être perçu comme une atteinte aux droits des personnes surtout dans les démocraties occidentales. De

même, cette absence de recours limite les droits de la défense de la femme alors que la décision qui refuse à l'époux cette demande est susceptible de recours et ce dernier n'est pas empêché d'introduire éventuellement une nouvelle demande d'autorisation.

Il est aussi arrivé que les tribunaux apposent un refus d'autorisation de polygamie pour cause de justification objective à caractère exceptionnel non établie (Tribunal de première instance Oujda, jugement n° 640 du 20 mars 2017, dossier n° 4628/1618/2016 ; jugement n° 194 du 23 janvier 2017, dossier n° 3034/1618/2016 <sup>(1)</sup> ; Tribunal de première instance de Berkane, centre du juge résident d'Ahfir, jugement n° 83 du 29 mai 2013, dossier n° 43/13 ; tribunal de première instance de Nador, jugement du 10 décembre 2014, dossier n° 603/14, ou de crainte d'iniquité et d'inégalité de traitement entre les épouses (Tribunal de première instance d'Oujda, jugement n° 632 du 20 mars 2017, dossier n° 2824/1618/2016 ; Tribunal de première instance de Nador, jugement n° 98 du 29 octobre 2008, dossier n° 517/08), ou de ressources matérielles insuffisantes pour entretenir deux foyers (Tribunal de première instance d'Oujda, jugement n° 8325 du 5 décembre 2016, dossier n° 2647/1618/2016 ; Tribunal de première instance de Rabat, jugement n° 1227 du 3 novembre 2008, dossier n° 1474/08).

Distrayante cette fois-ci, une décision de la Cour de cassation ne l'est qu'en apparence tant elle est, en réalité, édifiante non seulement quant à sa conception, mais encore eu égard à ses conséquences judiciaires. Dans les faits, un époux saisit le tribunal de première instance de Casablanca le 30/09/2014 d'une demande d'autorisation de polygamie exprimant son désir d'avoir des enfants mâles, vu qu'il n'a eu avec son épouse que deux enfants de sexe féminin et qu'elle n'est plus en âge de procréer. Un refus est prononcé par jugement en date du 27/10/2014 considérant que les justifications objectives et exceptionnelles ne sont pas établies. L'époux interjette appel de ce jugement, mais la Cour d'appel le confirme. L'époux tente alors un dernier recours devant la Cour de cassation qui censure l'arrêt de la Cour d'appel et approuve le raisonnement du demandeur au pourvoi par arrêt en date du 23/6/2015, (Cour de cassation, arrêt n° 331 du 23 juin 2015, dossier n° 276/2/1/2015)

Cette présentation des faits aboutit à une appréciation surprenante de la décision de la Cour de cassation. Sur ce point, et contrairement à une doctrine scientifique fermement établie, la Cour de cassation, dans cet arrêt surprenant et remarqué, n'a pas retenu que c'est le père qui est

---

<sup>1</sup> Dans cette affaire l'époux avait introduit une demande d'autorisation de polygamie parce que son épouse ronfle.

responsable de la détermination du sexe de l'enfant à naître et a admis qu'il y avait lieu d'autoriser la polygamie.

L'espèce commentée rappelle une autre déjà jugée par le tribunal de Première instance d'Errachidia en 2005 et où les juges du fond relevaient que l'époux était fondé à demander l'autorisation de polygamie pour avoir des enfants de sexe masculin : (Tribunal de première instance d'Errachidia, jugement n° 452 du 20 octobre 2005, dossier n° 3254/3/2005, inédit).

Sur un autre volet, un arrêt de la Cour de cassation, qui n'est pas dépourvu d'intérêt, retient néanmoins l'attention. Il la retient compte tenu du raisonnement mené. À la question de savoir quelle conséquence tirer du fait d'un époux qui a eu recours à des manœuvres dolosives afin d'obtenir l'autorisation de polygamie. Les faits de l'espèce sont les suivants : M. X avait délibérément contracté une seconde union en sachant que la première n'était pas dissoute et, en vue de la célébration de ce mariage et à ces fins frauduleuses, il a produit des pièces d'état civil mensongères le présentant comme célibataire, documents dont il savait pertinemment qu'il s'agissait de faux, La fraude est manifeste et le délit est constitué.

Afin de neutraliser les effets de ce deuxième mariage, seule l'épouse lésée (seconde épouse), nous dit la Cour de cassation, a exclusivement le droit de demander son annulation dans un délai de deux mois à partir du moment où elle a pris connaissance des manœuvres dolosives qui l'ont amenée à le contracter conformément aux articles 63 et 66 du code de la famille. La première épouse, même si elle a intérêt à agir, n'a droit qu'à réclamer des indemnités au cas où elle n'aurait pas été régulièrement convoquée pour être informée de la volonté de son époux de lui adjoindre une seconde épouse. (Cour de cassation, arrêt n° 439 du 23 août 2011, dossier n° 154/2/1/2011).

La solution ainsi adoptée peut certes sembler pratiquement opportune au regard des caractéristiques de l'affaire concernée, mais on ne saurait occulter qu'elle est aussi porteuse d'éventuels inconvénients vis-à-vis de la première épouse.

## II) La dissolution des liens du mariage :

Dans cette étude, seront plus spécialement abordés ci-après les modes de dissolution du mariage les plus fréquents. Dans le volet divorce judiciaire, une attention particulière sera portée au divorce pour discorde (A), sans pour autant oublier, dans le volet divorce sous contrôle judiciaire les autres modes les plus répandus (B) à savoir le divorce moyennant compensation (*khol'a*) (2) et le divorce par consentement mutuel (1).

### Bilan d'activité de la section justice de la famille d'Oujda :

<b>Tableau 5 : Activité de la section justice de la famille d'Oujda : divorce sous contrôle judiciaire (répudiation) / Divorce judiciaire (année 2016)</b>		
	Divorce sous contrôle judiciaire (répudiation)	Divorce judiciaire
Reliquat ou stock	NC	807
Affaires enregistrées	851	1972
Affaires jugées	1000	2291

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles et greffe de la section justice de la famille d'Oujda (statistiques communiquées le 07 avril 2017).

Le nombre total des affaires indiquées par les statistiques de la direction des affaires civiles du ministère de la justice diffère de quelques unités avec les chiffres comptés par le greffier en chef

(M. A). Pour les affaires enregistrées du divorce judiciaire, il nous a été communiqué le chiffre de 1976 au lieu de 1972 et pour les affaires jugées pour le même divorce, le chiffre de 2246 au lieu de 2291, ce qui est négligeable. La qualité des sources de données est donc assez sérieuse.

### Panorama d'ensemble :

<b>Tableau 6 : Activité des sections justice de la famille au niveau national : nombre d'actes de divorce sous contrôle judiciaire / divorce judiciaire (année 2015)</b>		
Divorce sous contrôle judiciaire (répudiation)	Divorce judiciaire	Total
25942	46919	72861

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles.

D'après les chiffres, les affaires de divorce judiciaire dépassent de manière sensible les affaires de divorce sous contrôle judiciaire. Ce mode de désunion a connu un accroissement significatif avec l'avènement du code de la famille.

### A) Le divorce pour discorde :

Conçu comme l'une des principales innovations introduites par la réforme du code, le divorce pour discorde ou *chiqaq*, qui signifie en langue arabe « fracture », constitue le mode de dissolution le plus pratiqué contrairement à l'ensemble des modes de dissolution. Le recours au *chiqaq*, émanant souvent de la femme, ouvre la possibilité à la dissolution du lien conjugal sans

pour autant justifier le motif. Il peut s'agir d'un différend rendant insupportable le maintien de la vie commune et qui, de par la volonté des époux, met fin à cette union.

Si le divorce pour discorde a été introduit par le code de la famille en 2004, ce texte n'en a donné aucune définition. Toutefois, il utilise une terminologie susceptible de plusieurs acceptions. Il fait usage, d'abord, de « différend » qui oppose les époux et qui risque d'aboutir à leur discorde (article 94 du code de la famille). Ensuite, il emploie dans l'article 99 le terme « préjudice » qui mène à la discorde.

Cette possibilité de mettre fin au mariage est offerte aux époux lorsque la vie conjugale devient impossible. Elle permet à chacun d'entre eux de saisir le juge afin de présenter une demande de divorce pour discorde et qui, une fois saisi, doit statuer dans un délai maximum de six mois à compter de la demande (article 97).

Il faut souligner que toute procédure de divorce passe d'abord par une tentative de conciliation, hormis le cas de divorce pour absence. Il s'agit d'une étape préalable, conformément à l'article 94 du code de la famille, et en cas d'existence d'enfants, le tribunal entreprend deux tentatives de conciliation. Cette formalité a pour but ou finalité d'inciter les époux à renoncer au divorce. Le tribunal prononce le divorce après avoir constaté, à l'issue de cette tentative préalable, une impossibilité de conciliation et une discorde persistante entre les époux. Il statue aussi sur les droits dus conformément aux articles 83, 84 et 85 du code. Le tribunal fixe ainsi un montant que l'époux doit consigner au secrétariat-greffe du tribunal, dans un délai ne dépassant pas trente jours.

Le recours au divorce pour discorde dans la plupart des cas, est dû à un « différend » entre époux, mais le législateur a donné au tribunal le droit d'appliquer d'office cette procédure (article 45 du code de la famille) dans le cas de la polygamie et quand l'épouse refuse de donner l'accord à son mari d'avoir une autre épouse sans pour autant demander le divorce. La procédure de divorce se déroule devant le juge, ce caractère judiciaire obligatoire s'explique par le rôle de contrôle et de vérification que détient le juge afin de s'assurer du bon déroulement de la procédure.

Après ce bref passage, un survol de l'activité de l'ensemble des sections justice de la famille en matière de divorce judiciaire s'avère nécessaire. Il permettra de faire connaître les proportions de chacun des modes de dissolution et de rendre compte de cette activité tant par les données statistiques que par l'analyse jurisprudentielle. Il convient donc de s'interroger sur l'application jurisprudentielle en matière de divorce pour discorde. Il ne s'agit pas dans cette étude de traiter de l'ensemble des cas de divorce pour discorde, puisqu'il s'agit d'une matière très riche et en même temps confuse, mais plutôt de mettre en lumière, à travers une sélection de décisions rendues par la section justice de la famille d'Oujda et la Cour de cassation, la pratique judiciaire face à cette procédure.

### 1) Données statistiques :

<b>Tableau 7 : Affaires de divorce judiciaire au niveau national pour l'année 2015</b>												
Modes de divorce judiciaire	Affaires jugées								Affaires pendantes			Reste
	Conciliation		Dissolution		Rejet pour autres motifs		Total		Reliquat	Enregistré	Pendant (en instance)	
	Nombre	Taux du pendant	Nombre	Taux du pendant	Nombre	Taux du pendant	Nombre	Taux du pendant				
<b>Divorce pour discorde</b>	12604	15,58%	46377	57,36%	21870	27,05%	80851	74,45	29727	78865	108592	27741
<b>Divorce pour manquement à l'une des conditions stipulées dans l'acte ou pour préjudice</b>	19	0,024%	67	0,08%	79	0,10%	165	11,71%	1219	190	1409	1244

<b>Divorce pour défaut d'entretien</b>	29	0,036%	45	0,06%	30	0,04%	104	13,85%	670	96	766	662
<b>Divorce pour absence</b>	66	0,082%	418	0,52%	214	0,26%	698	15,70%	3750	695	4445	3747
<b>Divorce pour vice rédhibitoire</b>	4	0,005%	12	0,01%	22	0,03%	38	17,59%	170	46	216	178
<b>Divorce pour serment de continence ou délaissement</b>	7	0,009%	0	0%	2	0%	9	25,71%	26	9	35	26
<b>Total</b>	12729	15,74%	46919	58,03%	22217	27,48%	81865	70,90%	35562	79901	115463	33598

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles.

Au niveau national et en première instance, le divorce pour discorde représente 94,04% du total des demandes de divorce judiciaire avec 108592 affaires pendantes. Ce taux descend à 0,03% pour les demandes de divorce pour serment de continence ou délaissement avec 35 affaires pendantes. Les proportions restent toujours favorables au divorce pour discorde : 46377 demandes ont été confirmées, 12604 achevées par une conciliation et 21870 rejetées pour divers motifs, le tout sur un total d'affaires jugées de 80851.

<b>Tableau 8 : Demandes de divorce pour discorde enregistrées au niveau national en 2015</b>		
<b>Nombre de demandes enregistrées</b>	78865	
<b>Présentées par l'épouse</b>	44758	56,75%
<b>Présentées par l'époux</b>	34107	43,25%

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles.

Le tableau quantifiant les demandes de divorce pour discorde a été établi sur la base des demandes enregistrées du 1<sup>er</sup> janvier au 31 décembre 2015. Pour ces demandes, le calcul a été effectué en prenant comme repère celles effectuées par les époux et celles introduites par les épouses. Les chiffres relevés montrent l'intérêt attribué par les femmes, surtout, à la procédure de discorde : 56,75% contre 43,25 pour les hommes.

Les chiffres sont éloquentes, le nombre d'actes de divorce dressés au niveau national en 2015 était de 72861 sur un total d'actes de mariage enregistrés de 302808, soit à un taux de 24,06%. Cela prouve que l'institution matrimoniale est en difficulté, près d'un mariage sur quatre est voué à la rupture. Une compréhension des chiffres ci-avant passe nécessairement par l'étude de quelques cas faisant état des lieux du niveau de changement apporté par le code de la famille.

## **2) Etude de jurisprudence**

L'examen d'un nombre de décisions de la section de la justice de la famille d'Oujda donnera lieu à quelques commentaires. Si l'on globalise les dossiers des dix neuf (19) décisions analysées, le nombre de demandes formulées par l'épouse est de onze (11) et celui des demandes introduites par le mari est de huit (8).

**Résultats pour l'épouse** : dans sept (7) cas, la demande de l'épouse a été reçue et dans quatre autres (4) cas elle a été rejetée.

**Résultats pour le mari** : une (1) demande accueillie, quatre (4) demandes rejetées et dans les trois (3) cas qui restent, le mari a renoncé à la demande.

**Au total** :

Réception de la demande : 8 cas.

Rejet : 8 cas.

Renonciation à la demande : 3 cas.

### **Demandes formulées par les époux :**

S'agissant des demandes formulées par les époux, dans les quatre cas de rejet, les époux demandeurs à l'action ne se sont pas présentés aux tentatives de conciliation prévues par l'article 113 du code de la famille et qui sont d'ordre public.

### **Demandes formulées par les épouses :**

Sur les quatre cas étudiés, le tribunal a rejeté deux (2) demandes parce que les épouses ne se sont pas présentées à la séance de conciliation qui est d'ordre public conformément à l'article 113 du code de la famille. Et dans les deux autres cas de rejet, les épouses n'ont pas indiqué les adresses exactes de leurs époux défendeurs à l'action. Ils ne pourront, de ce fait, jamais recevoir les convocations et les notifications judiciaires en respect du principe du contradictoire.

Pour les cas de renonciation à la demande de divorce pour cause de discorde : dans les trois (3) affaires, les époux n'ont pas procédé à la consignation du montant fixé par le tribunal dans le délai imparti de trente (30) jours. Ils sont alors réputés avoir renoncé à la demande de divorce (articles 83 et 94 du code de la famille).

Dans les cas où les demandes ont été favorablement accueillies, la majorité des jugements de divorce pour discorde (*chiqaq*) est fondée surtout sur les dispositions de l'article 97 du code de la famille. Dans ces affaires, les faits sont très proches. Dans les sept (7) cas d'actions en divorce pour cause de discorde intentées par l'épouse, l'époux s'oppose au divorce et demande la réintégration de sa femme au domicile conjugal. L'épouse, quant à elle, maintient sa demande en divorce pour discorde.

Pour le huitième cas, la demande a été introduite par le mari. Il indique souhaiter divorcer parce que sa femme a quitté le domicile conjugal sans son accord et persiste à demander de le rejoindre à l'étranger et à lui transférer la propriété de la maison. L'épouse affirme ne pas vouloir divorcer et l'époux maintient sa demande.

Dans les cas de demandes formées par l'épouse et accordées par le tribunal, les motifs invoqués les plus fréquents se résument au mauvais traitement, violence et humiliations infligées à la femme, mésentente qui perdure, désaffection réciproque, manque de respect et défaut d'entretien par l'époux.

Généralement, après avoir convoqué les époux, le juge procède à une tentative de conciliation, mais en cas d'impossibilité de réaliser celle-ci et lorsque la discorde persiste, le tribunal fixe un montant que l'époux doit consigner au secrétariat greffe de cette juridiction dans un délai de

trente jours <sup>(2)</sup>, il en dresse procès-verbal, prononce le divorce et statue sur les droits de la femme (articles 83,84, 85 du code de la famille) en tenant compte de la part de responsabilité de chacun des époux dans la cause de séparation. Cette prise en compte se limite à la seule évaluation de la réparation du préjudice subi par la partie lésée. Sur l'ensemble des éléments présentés, le tribunal a prononcé le divorce en tenant compte des dispositions de l'article 97 et a même accordé à l'époux des dédommagements.

Ces droits dus à l'épouse, conformément aux articles 83 et 84 du code de la famille, comportent la pension due pour la retraite de viduité, le droit au logement pendant cette retraite et le reliquat de la dot. Toutefois, puisqu'il s'agit d'une demande de divorce introduite par l'épouse, cette dernière n'a pas droit au don de consolation (*Mout'a*) et ce, conformément à la jurisprudence établie de la Cour d'appel d'Oujda (CA d'Oujda arrêt n°146 du 30 mars 2011, dossier n° 174/09 ; arrêt n° 178 du 13 avril 2011, dossier n° 319/10) et celle de la Cour de cassation (arrêt n° 43 du 1<sup>er</sup> février 2011, dossier n° 347/2/1/2011 ; arrêt n° 433 du 21 septembre 2010 dossier 623/2/1/2009 qui précise que « *la femme qui demande le divorce n'a pas droit au don de consolation mais uniquement à une indemnisation lorsque la responsabilité de son mari, dans la séparation, est prouvée (article 84 du code de la famille). Le don de consolation n'est octroyé que dans le cas des autres modes de dissolution* » ; arrêt n° 526 du 27 septembre 2011, dossier n° 817/2/1/2010 ; arrêt n° 195 du 21 avril 2015, dossier n° 408/2/1/2014)

Bien que l'article 97 du code de la famille qui renvoie aux articles 83, 84 et 85 du même code accorde à la femme ces droits n'ait pas fait référence à ce que le divorce soit demandé par l'épouse ou l'époux, la Cour de cassation, par cet arrêt du 21 septembre 2010, a souligné que le divorce pour discorde demandé par la femme ne lui permet pas de bénéficier du don de consolation. Ce don est en principe évalué en prenant en considération la durée du mariage, la situation financière de l'époux, les motifs du divorce et le degré d'abus avéré dans le recours au divorce par ce dernier. Cet arrêt a constitué un tournant important dans la mesure où la Cour de

---

<sup>2</sup> On peut dresser un nombre considérable de cas du ressort de la section justice de la famille d'Oujda dans lesquels il a été ordonné à l'époux de consigner un montant fixé par le tribunal : dossier n° 690/1626/2017, audience du 2 mai 2017, consignation de la somme de 11800 dirhams ; dossier n° 665/1626/2017, audience du 26 avril 2017, consignation d'un montant de 20100 dirhams ; dossier n° 346/1626/2017, audience du 27 février 2017, consignation de la somme de 100100 dirhams ; dossier n° 16/1626/2017, audience du 3 janvier 2017, consignation de la somme de 88300 dirhams.

cassation désavoue certains des raisonnements tenus jusqu'alors par les tribunaux du fond. Mais curieusement, cette jurisprudence pose pas mal de problèmes dans la mesure où la rupture du lien conjugal entraîne souvent une disparité dans les conditions de vie des parties au détriment de l'épouse, ce qui pourrait justifier l'octroi du don de consolation voire même d'une pension alimentaire à l'instar d'autres législations.

Il est important de souligner, qu'en général, l'analyse des décisions rendues montre que la jurisprudence est ordonnée autour de l'application de l'article 97 du code de la famille. Dans la plupart des cas, le tribunal admet sa saisine en divorce pour discorde par l'un des époux, apprécie la mésentente avant de prononcer le divorce et accorde à l'épouse ses droits <sup>(3)</sup> au vu de l'ensemble des éléments présentés.

Sur un autre volet et s'agissant du cas de la réparation du préjudice de l'époux lésé, le juge est tenu de prendre en considération la responsabilité de chacun des époux dans les causes du divorce, pour évaluer la réparation du préjudice. À partir des cas dont nous disposons, le tribunal a dû condamner une épouse à indemniser son époux du préjudice qu'elle lui a fait subir peu importe que la demande de divorce pour discorde soit faite par l'épouse ou par l'époux. C'est ainsi que le Tribunal De Première Instance d'Oujda (jugement du 1<sup>er</sup> juillet 2014, dossier n° 100/14), l'a condamnée à verser une indemnité de 3000 dirhams à son mari du fait de sa responsabilité avérée dans la provocation de la dissolution pour discorde.

Un cas particulier mérité d'être signalé. Dans une affaire relative au divorce pour discorde, le Tribunal De Première Instance d'Oujda avait octroyé une indemnisation à l'épouse suite au préjudice que lui a fait subir son époux en échangeant des messages électroniques à caractère sexuel avec une autre femme ce qui a provoqué la séparation (Tribunal De Première Instance Oujda, jugement du 4 mars 2014, dossier n° 2336/2013).

---

<sup>3</sup> Sauf si elle y renonce explicitement, voir Cour de cassation, arrêt n° 155 du 31 mars 2015, dossier n° 399/2/1/2015 ; Tribunal de première instance d'Oujda, jugement n° 2618 du 15 avril 2015, dossier n° 1318/20113 (inédit) ; Tribunal de première instance de Kenitra, jugement n° 2529 du 28 décembre 2010, dossier n° 2486/2010 (inédit).

Dans un autre cas d'espèce, la Cour d'appel d'Oujda (arrêt n° 346 du 7 mai 2008, dossier n° 63/08) avait condamné l'épouse résidant à l'étranger d'indemniser son mari qui refusait de partir avec elle dans son pays de résidence en lui versant la somme de 10000 dirhams en réparation du préjudice qu'elle lui a fait subir et qui rendait impossible la continuité de la vie conjugale. Dans ces exemples, la matière litigieuse est disponible. D'ailleurs, on trouve des décisions relevant des griefs similaires de la Cour de cassation à propos de l'indemnisation de l'époux lésé. Ces décisions s'appuient sur le degré d'abus avéré d'une des parties dans le recours à la dissolution pour apprécier le préjudice subi par l'autre partie. La haute cour relève que l'indemnisation de l'époux lésé résulte du préjudice subi suite à la responsabilité de l'autre époux dans la provocation du divorce. : Cour de cassation, arrêt n° 112 du 10 mars 2015, dossier n° 652/2/1/2013 : fixation de l'indemnisation à l'épouse ; arrêt n° 234 du 12 mai 2015, dossier n° 387/2/1/2014 : indemnisation de l'époux.

Dans un souci pratique et pour résumer ce qui a été exposé au travers des décisions collectées, nous avons recensé les principaux points du contentieux divorce pour discorde :

- Si l'épouse est à l'origine de la demande de divorce, elle ne bénéficie pas du droit au don de consolation (*Mout'a*) et cela peu importe la durée du mariage.
- En divorce pour discorde, considéré comme irrévocable, l'épouse ne bénéficie pas de la pension alimentaire (*nafaqa*). Elle a droit uniquement aux frais de logement pendant la période de viduité.

Un autre bémol, ensuite : la législation marocaine prévoit peu de droits financiers pour l'épouse à l'issue du divorce. Ces droits accordés lors du divorce pour discorde ne sont-ils pas moins importants que ceux prévus en cas de divorce sous contrôle judiciaire ? L'examen des décisions réunies confirme des informations déjà connues tout en réservant quelques surprises. La condamnation de l'épouse à indemniser son époux lui ferait perdre une partie, voire plus que ses droits financiers. Le divorce pour discorde apparaît alors comme un accord monnayé et s'apparente au divorce moyennant compensation.

Ce point mérite d'être signalé car la situation s'aggrave depuis l'arrêt de la Cour de cassation n° 433 du 21 septembre 2010. Désormais, il est à craindre que l'abus, de la part des époux, dans l'utilisation de cette procédure ne soit emprunté pour pousser les épouses à demander le divorce pour discorde pour n'obtenir enfin, que peu ou rien de leurs droits financiers.

## B) Divorce par consentement mutuel (*Talaq itifaqi*) et divorce moyennant compensation (*Khol'a*) :

### Analyse statistique :

Tableau 9 : Nombre d'actes de divorce sous contrôle judiciaire au niveau national selon les cas : année 2015						
Divorce révocable	Divorce moyennant compensation ( <i>khol'a</i> )	Divorce par consentement mutuel	Divorce à l'initiative de l'épouse exerçant un droit d'option ( <i>tamlik</i> )	Divorce avant consommation	Divorce prononcé suite à deux précédents divorces successifs	Total des actes de divorce
1403	3775	17351	97	3267	49	25942
5,41%	14,55%	66,88%	0,37%	12,59%	0,19%	100%

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles.

Le chiffre global des actes de divorce sous contrôle judiciaire dressés par les sections de la justice de la famille au plan national en 2015 se situe dans une moyenne enregistrée dans les dix dernières années, avec une part importante pour le divorce par consentement mutuel représentant plus de 66% de l'ensemble des actes établis.

Tableau 10 : Evolution du nombre d'actes de divorce sous contrôle judiciaire pour la période 2003-2015													
Années	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Cas de divorce	44922	26914	29668	28239	27904	27935	24170	22452	22937	24712	25215	24254	25942
Taux de variation	8,38%	-40,09%	10,23%	-4,82%	-1,19%	0,11%	-13,48%	-7,11%	2,16%	7,74%	2,04%	-3,81%	6,96%

(\*) Source : Ministère de la justice et des libertés, Direction des affaires civiles.

Les statistiques soulignent que la part du divorce sous contrôle judiciaire se situait entre 2004 et 2015 de 22452 comme un nombre minimum enregistré en 2010 et 29668 comme maximum en 2005. On pu constater toutefois que le nombre enregistré en 2003, année précédant l'entrée en vigueur du code de la famille a atteint 44922 actes.

### 1) Le divorce par consentement mutuel

Le divorce par consentement mutuel est une nouvelle forme de divorce introduite par la réforme du code de la famille en 2004. Ce mode de dissolution est exposé dans la même section que le divorce par compensation. C'est un divorce qui répond au désir des époux de se séparer sans révéler les causes du différend et, au cours duquel, ils se mettent d'accord pour mettre fin à leur union conjugale « *soit sans conditions soit avec conditions lorsque celles-ci ne sont pas incompatibles avec les dispositions du code et ne portent pas préjudice aux intérêts des enfants* », selon l'article 114 du code de la famille.

La procédure de ce divorce est très peu détaillée, une seule disposition y est consacrée, l'article 114. Le deuxième alinéa de cet article précise qu'en cas d'accord, la demande, à cet effet est présentée au tribunal par les deux conjoints ou l'un d'entre eux, assortie d'un document adoulaire établissant le dit accord et réglant les conséquences du divorce sous réserve du respect des dispositions du Code de la famille ainsi que de la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant aux fins d'obtenir l'autorisation de l'instrumenter. Le tribunal procède à une conciliation, mais en cas d'échec, il autorise de prendre acte du divorce.

Si le rôle du juge dans le divorce par consentement mutuel est de donner une autorisation de divorcer, il doit *a priori* s'assurer que cette volonté de divorcer est réelle et librement exprimée par les deux époux. Ce mode de divorce est entièrement soumis au tribunal quoi qu'il découle de la libre volonté des parties. Une contrepartie peut être prévue. Ceci peut justifier le peu d'engouement pour ce mode de séparation. Il est vrai que le divorce par consentement mutuel peut cacher une répudiation moyennant compensation. L'arrangement entre les époux se fait généralement au détriment des épouses qui se trouvent contraintes de renoncer à un ou plusieurs droits afin d'obtenir le divorce.

Sur les treize (13) décisions du Tribunal de première instance d'Oujda relatives au divorce par consentement mutuel dont nous disposons, le tribunal a accordé la rupture du lien conjugal à six demandes (6) initiées par les deux époux ou par l'un d'eux. Ces décisions laissent apparaître que dans quatre (4) espèces les épouses ont préservé leur droit à la contrepartie prévue suite au divorce. Les montants étaient respectivement de 4000, 5000, 8000 et 15000 dirhams. Dans les deux autres cas, les épouses ont dû renoncer à leurs droits issus de la dissolution, voire même au

droit de garde de l'un des trois enfants à son père, dans une de ces deux espèces : Tribunal de première instance d'Oujda, jugement n° 254 du 4 avril 2017, dossier n° 814/1635/2016.

La seconde catégorie de décisions n'appelle pas de commentaires particuliers, sauf à préciser que dans quatre (4) espèces, le tribunal a enregistré une renonciation à la demande de la part des époux ou de l'un d'entre eux.

Dans la troisième catégorie, trois (3) demandes ont été rejetées. Cette proportion interpelle sur les motifs de rejet. Les contenus des jugements confirment que l'un des époux ou tous les deux ne se sont pas présentés à la séance de conciliation qui est une formalité d'ordre public dont on ne peut pas y déroger. Dans un des trois cas et en de présence d'enfants issus du mariage, une absence des époux à la seconde séance de conciliation a été relevée.

## **2) Le divorce moyennant compensation : *khol'a***

Le nom « *khol'a* » du verbe « *khala'a* » est un terme arabe signifiant « enlever ». C'est une forme de répudiation moyennant compensation qui intervient à l'initiative de la femme qui convient avec son mari de la répudier en contrepartie d'une compensation. Dans sa vocation d'origine, le *khol'a* était le moyen de libérer l'épouse dont le mari refusait de répudier, alors qu'elle ne disposait pas de motif pour demander le divorce. Mais avec une mauvaise interprétation et une pratique bien ancrée, il est devenu un moyen de chantage et de pression entre les mains du mari.

En vue de l'exercer, la femme se voit généralement contrainte de racheter ce droit au mari. Il lui en coûte le plus souvent des sacrifices exorbitants, comme l'abandon de tous ses droits sur ses enfants ou des concessions pécuniaires plus étendues que celles qui sont imposées au mari dans la situation réciproque.

L'article 115 du code de la famille précise que « *les époux peuvent convenir de divorcer par *khol'a* conformément aux dispositions de l'article 114 du code de la famille* ». Cependant, les dispositions de l'article 114 traitent du divorce par consentement mutuel. Ce renvoi un peu flou à l'article 114 doit s'entendre comme concernant la procédure. Ce n'est qu'à l'article 118 qu'est

précisée la notion de compensation : « *tout ce qui peut légalement faire l'objet d'une obligation, peut valablement servir de contrepartie en matière de khol'a sans que cela puisse constituer un abus ou une exagération* ».

Les effets du *khol'a* dépendent des accords intervenus, mais en principe le *khol'a* emporte la dissolution du mariage comme par l'effet d'une répudiation irrévocable. Le code de la famille accorde désormais un rôle au juge dans les répudiations moyennant compensation. D'après l'article 120 du code de la famille, deux situations peuvent se présenter :

- Les époux sont d'accord sur le principe de la répudiation moyennant compensation mais divergent sur la contrepartie.
- L'épouse persiste à demander le *khol'a* et l'époux n'y consent pas.

Dans le premier type de situation, le juge est appelé à intervenir, après l'échec de la conciliation, pour ordonner la mise en exécution de la répudiation moyennant compensation après avoir évalué la contrepartie. Dans le second cas de figure, il est possible à l'épouse de recourir à la procédure de discorde pour obtenir le divorce conformément à l'article 94 du code de la famille.

À partir de l'exploration empirique sur dix sept (17) jugements de la section justice de la famille du Tribunal de première instance d'Oujda statuant sur des demandes de divorce moyennant compensation (*khol'a*) formulées par les épouses, nous avons pu nous forger une idée sur le sort de ces demandes. Ces jugements, pour la plupart rendus en 2017, ont été recueillis sur place et n'ont jamais été publiés.

Par souci de simplification, les issues des demandes ont été classées en trois catégories : admission, rejet et renonciation à la demande ou à l'action.

Sur les dix sept (17) cas examinés, nous avons recensé huit (8) demandes recevables et admises, cinq (5) ont été rejetées et dans quatre (4) autres cas une renonciation à la demande ou un désistement ont été relevés.

Dans la majorité des cas d'admission, il a été enregistré le désistement de l'épouse au profit de l'époux à tous ses droits résultant du divorce, en fait de don de consolation, de pension alimentaire et de loyer de son domicile durant la période de viduité. Elle a pu aussi renoncer aux

droits de ou des enfants en contrepartie de son divorce. Elle en consent à son époux bonne et valable décharge. Dans deux (2) cas seulement, les épouses déclarent avoir reçu des sommes d'argent de 20000 dirhams pour le premier cas et 25000 dirhams pour le second en contrepartie de leurs droits issus du divorce : (Tribunal de première instance d'Oujda, jugement n° 146 du 14 février 2017, dossier n° 781/11636/2016 ; jugement n° 210 du 14 mars 2017, dossier n° 768/1636/2016).

Sur les cinq (5) demandes rejetées, nous avons pu dénombrer deux (2) cas où les parties n'ont pas procédé à l'authentification de l'acte de divorce devant les *Adouls* (notaires traditionnels) dans le délai imparti alors qu'ils ont été avisés de la date de la prochaine audience. Pour les trois (3) autres demandes rejetées, la partie demanderesse ou les deux parties n'ont pas répondues présentes aux tentatives de conciliation. Dans un (1) des trois derniers cas, la partie demanderesse n'a pas assisté à la deuxième séance de conciliation exigée par la loi en cas de présence d'enfants.

Concernant les quatre (4) cas qui restent, un désistement à la demande a été relevé de la part de la partie demanderesse ou des deux parties en cas de divorce moyennant compensation par consentement.

Le rappel de ces solutions incite à présenter une pratique observée dans d'autres ressorts. Il s'agit du délai accordé par le tribunal aux parties pour authentifier l'acte de leur séparation. En l'absence de disposition légale, ces délais ne sont pas uniformes. Ainsi, pour les sections justice de la famille de Rabat et d'Oujda, un délai d'un mois à partir de la réception de l'autorisation d'authentification est exigée sous peine de considérer que le demandeur a renoncé à sa demande (Tribunal de première instance de Rabat, dossiers n° 205/1635/2017, 402/1635/2017, 390/1635/2017 ; Tribunal de première instance d'Oujda, dossier n° 62/1635/2017). Pour la section de la ville de Taourirt, qui est du ressort de la Cour d'appel d'Oujda, quinze (15) jours seulement sont accordés aux parties (Tribunal de première instance de Taourirt, dossiers n° 60/1635/2017, 64/1635/2017). Pour le Tribunal de première instance de Marrakech, aucun délai n'est précisé. Les dates d'audience sont repoussées à plusieurs reprises en attendant que l'acte de divorce soit notifié : (dossier n° 636/1635/2017, date de l'autorisation de notification : le 10 mai 2017 pour l'audience du 7 juin repoussée au 5 juillet, repoussée de nouveau au 2 août ; dossier n°

644/1635/2017 : autorisation : 10 mai 2017, audience : 7 juin repoussée au 5 juillet puis au 6 septembre).

Le divorce moyennant compensation étant un divorce irrévocable, il n'est donc susceptible d'aucun recours quant au chef du dispositif mettant fin au lien conjugal. Cependant un recours en appel est possible si les époux contestent le montant des droits issus du divorce (pension alimentaire pendant la période de viduité ou celle des enfants ou de leur logement, le montant du don de consolation, le reliquat de la dot...). Mais un nombre très réduit d'affaires ayant donné lieu à un pourvoi en cassation a été enregistré.

Les affaires dont nous avons eu connaissance ont trait à la contestation par les époux ou par l'un d'eux du contenu du désistement : (Cour de cassation, arrêt n° 534 du 19 novembre 2008, dossier n° 20/2/1/2008 ; arrêt n° 392 du 23 juillet 2008, dossier n° 605/2/1/2007 ; arrêt n° 186 du 9 avril 2008, dossier n° 9/2/1/2008 ; arrêt n° 383 du 14 juin 2006, dossier n° 119/2/1/20005 ; arrêt n° 510 du 13 septembre 2006, dossier n° 85/2/1/2005).

## **Conclusion**

Si, en conclusion et sans reprendre en détail les données contenues dans ce rapport, nous tentons de prendre du recul face aux dispositions légales et pratiques jurisprudentielles rapportées, nous retenons l'image d'un tableau contrasté, où le principe d'égalité entre les époux, semble dévoré par les exceptions du droit de la famille, et parfois dans des matières qui touchent l'essence des convictions philosophiques voulues par ce texte.

Les sujets de fond tels que la polygamie, le mariage des mineurs et la répudiation demeurent toujours et témoignent des limites du code de la famille. Leur interdiction ne semble pas être d'actualité et risque de mécontenter une large frange des musulmans les plus traditionnels. L'époux demeure fatalement, comme cela fut le cas dans l'ancienne Moudawana, le tuteur légal des enfants pendant le mariage, l'épouse ne peut accéder à ce rang qu'en cas de décès de celui-ci conformément aux articles 230 et 236 du code de la famille. Mais toutes ces questions s'accordent et considèrent que la religion musulmane doit rester au cœur du débat sur le droit de la famille. Un droit de la famille séculier n'est pas de sitôt.

Le manquement au devoir conjugal, considéré comme fautif, a souvent été invoqué par l'époux pour demander l'autorisation de polygamie, qu'il ait lieu au début du mariage ou au cours de celui-ci. Ce tabou de l'abstention est désormais brisé dans les prétoires ! Avec un éclat si

impudique. En mariage, c'est au seul couple de faire son choix en matière sexuelle. Mais sans qu'un conjoint ne puisse, au nom de sa liberté sexuelle, demander au juge une autorisation de polygamie parce que son épouse l'a contraint à l'abstinence.

Au terme d'une rapide approche du mariage des mineurs, faut-il souhaiter qu'il évolue et devienne un droit du mineur. Or, il n'entre certainement pas dans l'intérêt des mineurs que cette rupture de fait avec leur milieu de vie et leur scolarité soit jamais considérée comme un phénomène acceptable et banal. Il doit toujours demeurer une anomalie. Mais il se pourrait que, au moins dans certaines tranches de la population, les mœurs sont récalcitrantes. Une attention plus ou moins rapide doit alors être portée sur la personne du mineur, exigeant plus de sollicitudes que d'autres. Les modes de vie se développent. Des lois nouvelles viennent s'agréger pour encadrer les rapports humains. Il serait inadéquat de considérer qu'une fille est « nubile » à 15 ou 16 ans à l'heure où l'âge du mariage est de plus en plus tardif.

L'asymétrie des droits se repère aussi dans la dissolution du lien conjugal. Le droit de répudiation exercé exclusivement par le mari, produit souvent des effets redoutables pour l'épouse et les enfants. En revanche, il n'est pas sans intérêt de souligner le phénomène qui a vu le simple divorce se transformer en une multiplicité d'actions destinées en apparence à parvenir au même résultat : la fin du mariage.

Avec le pas franchi par le législateur de 2004, permettant de surmonter certains obstacles culturels à la volonté unilatérale dans la décision de mettre fin à la vie conjugale, il a été admis, de plus en plus, qu'il n'était pas possible d'imposer la survie d'un mariage qui était rejeté par l'un des époux.

L'analyse des deux modes de divorce, judiciaire et sous contrôle judiciaire, peut affirmer l'émergence de deux types ayant pris le devant sur les autres : le divorce pour cause de discorde et le divorce par consentement mutuel. La célérité de la procédure dans ces deux modes de séparation permet théoriquement d'obtenir un divorce en 6 mois maximum pour le premier et quelques semaines pour le second. Mais cela renforce le risque que les époux optent pour un divorce par consentement mutuel et qu'ils acceptent des arrangements financiers ou autres, pour lesquels il subsiste néanmoins des points de désaccord. Il faudra être particulièrement vigilant

dans la mise en œuvre des passerelles vers des consentements mutuels suite à des courses à la juridiction.

Concernant le divorce pour discorde, il semble que le code de la famille a aménagé un glissement des modes de divorce sous contrôle judiciaire vers ce mode de séparation. Il est devenu un droit pour celui qui le demande. Si la commune volonté ne parvient à tomber d'accord sur le divorce, une seule volonté suffit et a le droit de le réaliser. Le prétendant au divorce n'a pas à justifier des raisons qui le poussent à le demander, un éventuel contrôle judiciaire sur ce point n'aurait aucun sens. Si donc le tribunal intervient dans ce cadre, ce n'est que pour en organiser les conséquences pécuniaires et personnelles.

On peut aussi déplorer les difficultés d'opérer des changements et des ruptures avec les mentalités et les esprits de certains juges de famille, surtout avec leur plénitude de pouvoirs en matière d'interprétation. Leur position quelque peu conservatrice, au sens traditionnel du terme, témoigne incontestablement de leur consécration des anciens systèmes de valeurs. D'ailleurs, les juges demeurent soumis au poids d'une tradition figée et sclérosante. En atteste l'utilisation de manière abusive de l'instrument technique de la surabondance des motifs et du recours au référentiel religieux et à la doctrine classique du droit musulman. Tout se passe comme si les juges se cachaient derrière la technique pour éviter d'entrer dans le domaine du « purement juridique ». On retiendra également la responsabilité des avocats qui n'offrent pas toujours au juge les moyens les plus adaptés à une motivation soignée et éclairée.

En définitive, s'il est vrai que le code de la famille a introduit un changement sensible et a permis une plus grande ouverture d'esprit, il n'en demeure pas moins que dans son acception épurée, l'un des grands principes qui le fondent, comme celui de l'égalité des époux au sein du couple, ne se décrète pas. Plusieurs obstacles font échec à la concrétisation de cette égalité. Ces derniers ne sont pas seulement une conséquence de la méconnaissance éventuelle de la norme juridique. Car connaître le droit ne suffit pas à transformer les convictions et n'implique pas l'incorporation de la norme.

C'est le résultat d'un processus inachevé de mutations sociales et de rejet et d'exclusion de la norme officielle en lui reprochant de porter atteinte à la liberté religieuse et d'être le symbole dépassé de l'intrusion de l'État dans une question privée. Aussi, d'une hiérarchie traditionnelle

des rôles sociaux bien ancrée dans les structures mentales et qui nécessite d'être revue tant il n'est plus possible d'en traiter par prétérition. Ce constat rappelle la difficulté de l'Etat de produire une nouvelle donne dans un domaine particulièrement délicat du point de vue culturel et religieux.

## **Recommandations**

Dans une dernière phase du rapport, il nous revient de proposer des éléments qui devraient être revus et des recommandations qui peuvent porter sur les principales orientations des décisions et l'interprétation du droit de la famille à partir du contentieux soumis aux tribunaux :

### **En matière de mariage**

- L'âge du mariage fixé à dix-huit ans devrait être une règle absolue ne suscitant aucune exception, en vue d'une meilleure protection des droits de l'enfant. En attendant et dans l'état actuel du droit, exiger l'expertise médicale et l'exécution de l'enquête sociale avant d'accorder les autorisations de dérogation.
- Afin de limiter le recours à la polygamie, les épouses doivent être informées, lors de la conclusion de l'acte de mariage, de la possibilité d'y inclure une condition ou clause de monogamie.
- Les juges doivent être plus attentifs et ramener à leur juste proportion les justifications objectives et exceptionnelles.

## **Le divorce et ses suites**

- En matière de divorce par consentement mutuel, le juge doit être plus attentif et doit acquiescer la conviction que chacun des époux a donné librement son accord.
- Les juges ne doivent pas chercher à liquider le contentieux divorce au détriment du consentement éclairé de l'un des époux en position de faiblesse afin de désencombrer les tribunaux.
- L'extension du régime du divorce s'est manifestée par l'émergence de besoins audacieux des candidats au divorce. Cette simplification ne doit pas permettre de « brader » cette phase de fin de mariage.
- Elever le montant insignifiant de la Pension alimentaire suivant l'indice du coût de la vie et veiller l'exécution de son recouvrement.
- Coordonner l'action du ministère de la Justice avec celle du ministère des finances pour le prélèvement à la source le cas échéant.
- Inclure l'action de partage des biens acquis tout au long du mariage dans l'action de divorce.

## **Déroulement des audiences**

- Repenser l'organisation de la procédure de conciliation et lui donner la place qu'elle mérite dans le processus judiciaire.
- Réaménagement des locaux réservés à la conciliation, généralement le bureau du juge, exigü avec deux ou trois chaises inadapté à l'accueil d'une famille et de ses conseillers éventuellement.
- Exiger la présence d'assistants sociaux dans toutes les sections justice de la famille conformément au code de la famille et leur offrir les moyens suffisants à l'exercice de leurs fonctions.
- Le ministère public est considéré comme partie principale dans toutes les affaires de la famille soumises à la justice doit être présent à toutes les audiences.
- La nécessité d'activer le rôle du ministère public pour la protection des enfants et cesser de recourir des justifications antérieures de l'ancienne moudawana qui affectent la dignité de l'enfant.

## **Habilitation des ressources humaines**

- Réduction du déficit structurel des moyens humains et matériels alloués aux sections de la justice de la famille.
- Augmenter le nombre de juges et des membres du greffe afin de tirer au mieux profit de l'ensemble des ressources du Tribunal pour une justice rapide et efficace.
- Renforcer la formation des magistrats, tant initiale que continue, ainsi que leur spécialisation (ministère de la justice et Institut supérieur de la magistrature). Des matières comme les droits de l'homme, les principes de non discrimination et l'intérêt supérieur de l'enfant sont très utiles.
- Enfin, L'analyse a révélé un droit de la famille pris en quelque sorte en étau entre des sources formelles en plein essor et des sources traditionnelles très vivaces. Or, les expériences comparées infirment l'idée selon laquelle cette matière pourrait être stabilisée en offrant à des groupes de pression une demi-satisfaction.

## Sommaire

Introduction.....	1
I) Le mariage .....	4
A) Mariage des mineurs .....	5
1) Tableaux statistiques et lecture des données : .....	5
2) Etude de cas : .....	8
B) La polygamie : .....	10
1) Données chiffrées : .....	11
2) Etude de cas : section de la justice de la famille du tribunal de première instance d'Oujda. ....	11
II) La dissolution des liens du mariage : .....	16
A) Le divorce pour discorde : .....	17
1) Données statistiques : .....	19
2) Etude de jurisprudence .....	21
B) Divorce par consentement mutuel ( <i>Talaq itifaqi</i> ) et divorce moyennant compensation ( <i>Khol'a</i> ) : ....	26
1) Le divorce par consentement mutuel.....	26
2) Le divorce moyennant compensation : <i>khol'a</i> .....	28
Conclusion .....	32
Recommandations.....	35

