

**Ministère de l'Enseignement supérieur et de la recherche scientifique**

**Université Oran 2 Ahmed Ben Ahmed**

**Faculté des sciences humaines et sociale**

**Ecole doctorale en anthropologie sociale et culturelle**

**En partenariat avec :**

**Centre National de Recherche en anthropologie social et culturelle**

**Thèse pour l'obtention du grade de doctorat**

**Discipline : Anthropologie**

# ***Normes et effectivité du droit***

*« Exemples de la sphère du statut personnel aujourd'hui*

*En Algérie »*

Présenté par :

Bouziane Bouabdallah Salima Nadia

Directeur de thèse :

Professeur Walid Laggoune

Université d'Alger 1

Co directrice de thèse :

Professeure Nouria Remaoun

Université d'Oran

Jury composé de :

- |                           |             |                              |               |
|---------------------------|-------------|------------------------------|---------------|
| - Yelles chaouche Bachir  | Professeur  | Université d'Oran            | Président.    |
| - Karadji Mustapha        | Professeur  | Université de Sidi Bel Abbes | Examineur.    |
| - Marwan Mohammed         | Professeur  | Université d'Oran            | Examineur.    |
| - Mimouni Badra Moutassem | Professeure | Université d'Oran            | Examinatrice. |

**Année 2021-2022**

A mes parents, à mon époux, à ma sœur avec toute mon affection et ma gratitude.

A la mémoire de ma grand mère qui m'a tant donné.

A mes beaux parents et à ma famille.

A mes amis.

Merci pour votre soutien.

## Remerciements

Aux membres du jury ...

Reconnaissance à mon directeur de thèse le Professeur Laggoune Walid pour ses orientations et ses conseils, avec tout notre respect.

Profond remerciement à notre codirectrice de thèse le Professeure Remaoun Noria pour la qualité de ses conseils et sa disponibilité.

Au Professeur Yelles Chaouch Bachir notre doyen qui nous a fait l'honneur de présider notre jury.

Au Professeur Marwan Mohamed, qui nous a tant donné dans notre formation nos remerciements.

Au Professeur Mimouni Badra Moutassem dont nous avons eu la chance de bénéficier de ses enseignements avec notre reconnaissance.

Au Professeur Moulay El Hadj pour l'accompagnement durant nos études, notre gratitude.

# Plan de travail

## Introduction générale

1. Introduction
2. Démarche méthodologique (techniques d'enquête et outils d'analyses)

## Première partie : Les prémices théoriques

### Chapitre 1 : « le droit musulman » : diversité et hiérarchie des sources

#### **1.1 Multiplicité des Sources du « droit musulman »**

- a- Les sources fondamentales
- b- Les sources dérivées
- c- Les sources annexes

#### **1.2 Formation historique du « droit musulman »**

- a- Périodes des origines
- b- L'époque préclassique
- c- L'époque classique
- d- L'époque post classique
- e- L'époque moderne

#### **1.3 Le rôle prégnant du fiqh**

- a- La charia : une source supplétive
- b- Le fikh : Diversité des modes d'interprétations

#### **1.4 Le droit de la famille dans la sphère juridique algérienne**

- a- Place du « droit musulman » dans la législation algérienne
- b- Effets de la dualité des sources sur l'effectivité des normes

## **Chapitre2 : La singularité du code de la famille**

### **2.1 Définition de la norme juridique**

- a- Source de la norme juridique
- b- Les caractéristiques de la norme juridique (juridicité de la norme)

### **2.2 Distinction de la règle de droit et des autres règles sociales : entre complémentarité et différence**

- a- Distinction de la règle de droit et de la morale
- b- Distinction de la règle de droit et de la règle coutumière

### **2.3 Distinction entre la norme juridique et la norme religieuse : Une différence de nature et non de degrés**

- a- Distinction de la règle de droit et de la norme religieuse
- b-Difficulté de codification du religieux

## **Deuxième partie : La spécificité du droit de la famille**

### **Chapitre3 : Etude rétrospective du code de la famille Algérien : une difficulté de codification**

#### **3.1 Processus de codification du code de la famille**

- a- le statut personnel à l'époque coloniale
- b- Contraintes de la mise en œuvre du code de la famille : Prégnance des facteurs extra juridiques
- c- Conséquences de la mise en œuvre :le primat du politique

#### **3.2 Réforme du code de la famille en 2005**

- a- Modifications apportées au texte : une protection de la situation juridique de la femme
- b - Effectivité des changements en pratique

## **Chapitre4 : les effets produits par la norme juridique : variabilité des pratiques**

### **4.1 Les effets produits par le code de la famille**

- a. La variance de la pratique du droit
- b. Le vécu par rapport à la pratique juridique

### **4.2 Le rôle de la justice dans la mise en application des textes juridiques**

- a- L'importance du juge quand au fonctionnement de l'institution judiciaire
- b- Itinéraire de la formation de juge
- c- Itinéraire professionnel d'un juge de la famille

## **Chapitre 5 : Comparaison de mise en œuvre du statut personnel**

### **5.1-Mise en œuvre du Code de la famille au Maghreb**

- a – El Moudawana : Le Code du statut personnel Marocain
- b- El Majala : Le Code du statut personnel tunisien leader vers une égalité des sexes
- c- Le droit de la famille en France

### **5.2- Les effets produits par la norme sur la condition féminine**

- a- Place de la femme dans le Code algérien de la famille.
- b- Le statut de la femme dans les sociétés musulmanes.

## **Conclusion**

Introduction :

La question de l'effectivité du droit se pose, toutes proportions gardées, dans l'ensemble des systèmes juridiques à travers le monde. L'observation vise toujours les décalages entre le contenu de la norme telle qu'énoncé dans le dispositif législatif et sa mise en œuvre effective. Cette problématique ne cesse d'alimenter les débats juridiques sur les causes de cette ineffectivité et ses effets sur l'ordre juridique mais également sur les droits et situations des personnes et plus largement sur leur sécurité juridique.

C'est un fait que la loi telle que conçue et élaborée à travers tout le processus de la production normative peut se trouver à l'épreuve de la réalité sociale qu'elle entend régir, contrariée dans sa mise en œuvre en raison de résistances ou de contraintes multiples. externes au texte. Mais la loi peut également être mise en échec dans son application par des facteurs internes au texte lui-même en raison des conflits juridiques liés à la dualité et à l'ambivalence de ses sources d'inspiration. L'exemple du droit algérien de la famille est assez édifiant à ce sujet.

En parcourant sa genèse , son évolution mais également son application par le juge, on ne peut manquer en effet d'observer la prégnance des facteurs extra juridiques sur son élaboration et son application et en même temps le fait qu'il porte paradoxalement la marque de l'héritage colonial.

Durant la période coloniale « le droit musulman » a été, appliqué essentiellement au seul droit de la famille pour les Algériens musulmans, Considéré comme un « droit résiduel » il est appelé, dans l'esprit des théoriciens de la pensée coloniale, à disparaître à mesure du parachèvement du processus d'assimilation. Pour autant ce droit ne pouvait s'appliquer qu'à la condition qu'il ne soit pas contraire au droit Français. Un principe toujours mis en avant notamment par les juridictions françaises<sup>1</sup>.

Ce statut particulier du droit de la famille hérité de la période coloniale a été reconduit à la faveur de la loi du 31 Décembre 1962 à l'exception de ses dispositions « portant atteinte à la souveraineté nationale ou celles comportant des mesures discriminatoires ».

---

<sup>1</sup>N.Mahieddine « Le droit algérien de la famille : une double succession sous bénéfice d'inventaire in l'Algérie cinquante ans après :la part du droit ouvrage collectif Tome 1 P 297)

Il est vrai que le législateur algérien ne pouvait procéder à une refonte complète du droit antérieur. Cette contrainte objective a eu cependant pour effet de réserver au droit de la famille un traitement particulier dans l'attente de sa codification.

Nous avons donc hérité de toute cette législation et nous avons conservé ce qui n'a pas été hérité, c'est-à-dire le statut personnel, ce dernier étant considéré comme l'ensemble des règles qui déterminent les conditions et les effets de la parenté et de l'alliance, règles qui régissent les rapports personnels et patrimoniaux qui existent entre les membres d'une même famille<sup>1</sup>. Il est à noter que pendant la période post coloniale qui s'étend de l'indépendance 1962 jusqu'à 1984 ce domaine précis ne bénéficiait d'aucune législation laissant les citoyens libres de le gérer comme ils l'entendent.

C'est dans ce cadre qu'en 1964, soit deux ans après l'indépendance de l'Algérie, le gouvernement d'alors lança un avant projet pour un code de la famille<sup>2</sup>. Les débats étaient vifs menant à l'échec du projet, plusieurs autres tentatives furent observées afin de légiférer un code de la famille mais sans succès et ceci en 1973.

En 1973 parue la loi qui a eu pour fonction « d'algerianiser » les textes juridiques en abrogeant la loi du 31 décembre 1962 et ceci à compter du 5 juillet 1975 dans tous les domaines du droit sauf celui concernant la famille en raison de la difficulté de produire des textes dans ce domaine précis.

En 1981 un nouveau code de la famille est à l'étude. A la suite d'une fuite sur le contenu de ce projet une forte mobilisation allait durer plusieurs mois. Des acquis précédents furent supprimés.

La loi numéro 84-11 du 9 juin 1984 portant le Code de famille représente la première loi nationale qui régit la personne dans son environnement familial, il comporte 224 articles.

Le code de la famille algérien, est considéré, comme étant du droit et ceci en raison de son mode d'élaboration par les organes législatifs, commun à tous les textes juridiques mais avec la particularité d'avoir une empreinte religieuse comme le rappelle l'article 222<sup>3</sup> du code

---

<sup>1</sup> Vos questions sur le droit, Berti, Alger, 2009.

<sup>2</sup> F. Mernissi, La femme et la loi en Algérie, Bouchene, Algérie, 1991

<sup>3</sup> En l'absence d'une disposition dans la présente loi. Il est fait référence aux dispositions de la charia.

de la famille c'est cette particularité qui le distingue des autres lois sachant que cela représente la résultante de l'héritage colonial.

Il est à constater que les règles de droit concernant la famille peuvent rendre le texte religieux ineffectif, comme c'est le cas de la fatiha l'article 6<sup>1</sup> qui donne une grande importance à l'acte civil du mariage retirant ainsi à cette dernière toute légitimité juridique si elle ne s'accompagne pas de ce dernier. Ceci s'explique par la différence fondamentale entre le droit positif et le droit religieux, d'abord une différence de nature le premier est fondé sur l'adhésion cela signifie qu'il est appliqué aux individus d'emblée sans leur donner le choix, il est de ce fait imposé, le deuxième quand à lui est basé sur la foi, Les règles religieuses regroupent un ensemble de croyances et de pratiques culturelles propres à une religion fondées sur des commandements édictés par Dieu, cette dernière a pour finalité le salut de l'Homme. Les sanctions religieuses, ne mettent en cause que l'homme, avec ses relations avec Dieu. Etre récompensé ou puni par le tout puissant se faisant qu'après la mort de l'individu par le paradis ou l'enfer. Les règles de droit quand à-elles se caractérisent comme ayant pour finalité d'assurer l'ordre social, les sanctions sont d'ordre juridique et étatique.

Il existe également une différence dans les champs d'application ; la loi se veut générale et impersonnelle, cela signifie qu'elle est appliquée à toutes les personnes sans distinction contrairement au religieux, qui a la particularité d'être individuel basé sur la croyance de l'individu. Le mode d'élaboration, également n'est pas le même, concernant le droit positif qui émerge de plusieurs sources ne bénéficiant pas de la même importance, certaines sont écrites et directes, d'autres indirectes et non écrites, les unes formulées, les autres spontanées<sup>2</sup>. La charia, dans son sens religieux aussi bien qu'au sens juridique représente la vie pour les sociétés<sup>3</sup> il est à noter que cette dernière est apparue dans le livre sacré, de ce fait avant le fiqh<sup>4</sup> qui est défini comme étant la déduction des lois islamiques à partir du contenu de ses sources, la définition de la chariaa englobe donc celle du fiqh qui représente une partie de l'ensemble que constitue cette dernière, dans le sens ou la charia se présente comme la globalité des lois issues du coran et de la Sunna alors que le fiqh est représenté comme étant les lois déduites par la charia, afin de répondre à des situations spécifiques, de ce fait il s'adapte aux situations qui se posent à lui, avec la particularité d'être flexible s'adaptant et répondant à des problématiques de la vie en société contrairement à la charia qui est plus

---

<sup>1</sup>Article 6 : « ...La Fatiha concomitante aux fiançailles, en séance contractuelle, constitue un mariage... »

<sup>2</sup> P.V Deumier, Le droit spontané : contribution à l'étude des source du droit, Thèse de doctorat, Université de Toulouse ; L.Gimalac, L'imagination est elle une source du droit ?, Revue de la recherche juridique, droit prospectif, Toulouse, 2000,p589.

<sup>3</sup> B. Botiveau, Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Karthala, 1993, Paris, p58.

<sup>4</sup>.1992. بلحاج العربي, المدخل لدراسة التشريع الإسلامي, ديوان المطبوعات الجامعية, وهران, 1992.

globale. Pour certains, le droit musulman, est l'activité soutenue au sein de lignées de juristes dispersés sur plus d'un point du vaste monde musulman<sup>1</sup>. De même que la communauté islamique a fait place à une pluralité de sociétés musulmanes, ainsi le droit islamique a cédé le pas à des droits musulmans. D'autres considèrent que le juridique reste toujours tributaire d'une conception métaphysique du monde, le prophète étant mort trop tôt, le juriste institutionnel de base *fikh*, ou la loi qu'il a laissé en héritage formait une donnée très insuffisamment développée, auxquelles ont du s'ajouter des apports spécifiques comme les coutumes, la jurisprudence, les ordonnances des califes, ces éléments endogènes ainsi qu'exogènes ont dénaturé la règle initiale et produit une infinité d'œuvres d'interprétation ne reflétant pas toujours de valeurs scientifiquement objectives<sup>2</sup>.

Il est à conclure que chacune de ses lois ont des effets relatifs sans aucune confusion, c'est l'approche idéologique de la question qui a tendance à confondre les fonctions de la règle de droit positif avec les fonctions de la règle religieuse.

Le droit de la famille est un domaine qui est sous la prégnance de l'idéologie et ceci en mettant en corrélation deux règles diamétralement différentes l'une étant formelle (Le droit)<sup>3</sup> et l'autre ayant la particularité d'être informelle (La charia)<sup>4</sup>, il existe une grande difficulté à comparer la charia au droit positif d'abord en raison de la complexité du contenu du mot charia<sup>5</sup> car tout est charia et finalement rien ne l'est, la charia ne fait plus consensus<sup>6</sup>, mais aussi pour le mode de comparaison car faire un parallèle entre les deux reviendrait à enfreindre la règle fondamentale de toute comparaison qui est de comparer ce qui est comparable. Dans le sens, ou le droit naturel se révèle être fruit de la raison donc valable pour tous, alors que le droit religieux est relatif à une religion à des croyances qui même si elles sont partagées par une même communauté peuvent différer donnant lieu à des déchirements comme a pu l'observer l'histoire. Il est donc nécessaire de faire une comparaison d'égal à

---

<sup>1</sup> Ch. Chehata, *Etudes de droit musulman*, Presse universitaire de France, Paris, 1971.

<sup>2</sup> R. Charles, *Le droit musulman*, Presse universitaire de France, Paris, 1965.

<sup>3</sup> La volonté du législateur aux sujets de droit, par le biais d'un code commun utilisé dans un certain contexte. Son contenu est illustré sous la forme d'un ordre ou d'une permission c'est-à-dire l'énoncé dans le quelle les citoyens ont des droits ou des obligations, et la manière avec la quelle ils peuvent revendiquer leurs droit et les faire respecter. F.Ouabri, *Etude du droit objectif et des droits subjectifs à la lumière de la législation Algérienne*, OPU, Alger, 2018, p9.

<sup>4</sup> Pour un grand nombre de penseur de la période classique ce mot est particulièrement inconnaissable Robert Gleave, *La charia dans l'histoire : ijthad, épistémologie et « tradition classique »*, La découverte, Paris, 2012, p23.

<sup>5</sup> La loi Islamique n'a donc jamais été uniforme et cela à aucun moment de son évolution comme nous avons pu le démontrer. Dès l'origine, le contenu juridique dont elle fut tirée variait selon les lieux, et les différences entre les écoles juridiques, certaine perpétuait ce qu'elles avaient hérité des précédentes et d'autres au contraire apportaient de nouveaux principes et méthodes de raisonnement juridique. Chafik Chehata, *Etudes de droit musulman*, Presse universitaire de France, Paris, 1971.

<sup>6</sup> H.Redissi, *La tragédie de l'islam moderne*, Seuil, Paris, 2011. P107.

égal « *d'idéal à idéal, principe à principe, livre sacré à livre sacré, abstrait à abstrait, société à société, et non pas idéal à réalisation concrète, livre sacré à histoire* »<sup>1</sup> .

Du point de vue de l'orthodoxie islamique classique, l'autorité de la charia ne dépend pas de l'intervention humaine et le coran est la seule constitution dont ont besoin les musulmans, le droit musulman classique ne contient aucune disposition relative à la place respective à accorder, au sein de la pyramide des normes, au droit musulman et au droit séculier<sup>2</sup>.

La constitution algérienne a établi deux régimes juridiques le premier étant que l'Islam représente la religion de l'état Article 2, le deuxième est représenté par l'article 42 qui établit clairement la liberté de culte pour tous les citoyens<sup>3</sup> . Le législateur algérien en faisant cela a pensé trouver une solution médiale entre ceux qui revendiquent le caractère islamique de l'état et ceux qui requièrent un caractère laïc sauf que la religion a pour particularité de s'adresser uniquement aux personnes physiques contrairement au droit positif qui concerne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Il est à conclure que l'on a voulu octroyer au droit, des prérogatives qui ne sont pas de son domaine et à la religion des attributs qui ne sont pas non plus de son domaine, de ce fait on les met en conflit entre rationalité juridique et cohérence religieuse, la loi exprime donc une tentative de compromis entre le profane et le sacré religieux.

Il est à noter que la plus grande part des textes juridiques se trouvant dans le code de la famille sont de nature juridique et non pas religieuse, même si en apparence ils semblent tirer leurs sources de ce dernier, comme c'est le cas, pour l'exemple du wali, sensé désigner en islam, le tuteur matrimonial, un proche familial, ayant pour rôle de protéger les intérêts de la femme de l'accompagner et de la soutenir, une lecture patriarcale lui donnera un sens plus autoritaire, celui de wali jabri « tuteur de la contrainte » qui a donné lieu à des abus de pouvoir au sein de notre société. Devant ce constat et suite à des pressions diverses exercées tant sur le plan international que national, le législateur s'est vu dans l'obligation d'intervenir en faveur de la condition féminine, ceci s'illustre dans l'article 11 révisé du code de la famille, qui dépouille le wali de sa signification religieuse et ceci parce qu'il autorise la femme à choisir qui elle souhaite pour jouer ce rôle, et ce qui se révèle intéressant est le fait que le

---

<sup>1</sup> H. Bleuchot, Droit Musulman, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, Marseille, 2000, p310.

<sup>2</sup> N. Bernard-Maugiron, La place de la charia dans la hiérarchie des normes La découverte, Paris, 2012, p55.

<sup>3</sup> Article 42 : « La liberté de conscience et la liberté d'opinion sont inviolables la liberté d'exercice du culte est garantie dans le respect de la loi. »

législateur n'abandonne pas l'existence du wali comme condition exigée en vue de contracter un acte de mariage mais par contre il en change la signification et il le dépossède de son caractère religieux ce qui constitue un processus de dénaturation du religieux. En résulte un texte qui du point de vue religieux n'a plus la même signification et qui d'un point de vue égalitaire n'a pas de sens. Cela s'explique par le fait que le législateur a tenté d'intégrer un certain nombre de règles religieuses dans du droit positif, dans le but de trouver des compromis entre les différents courants qui composent la société algérienne<sup>1</sup>, car cette dernière n'est pas monolithique, <sup>2</sup>, s'y ajoute la nécessité de respecter les traités et conventions ratifiés par l'Algérie<sup>3</sup>, d'où la difficulté pour le législateur de produire de la matière juridique dans ce domaine précis, en témoigne la durée pour produire un code se spécialisant dans le domaine familial puis pour lui apporter des modifications, il en résulte le constat suivant à savoir que le droit musulman n'est pas effectif par contre il est rendu opposable (un moyen d'opposabilité des textes) ce qui signifie qu'aucun texte ne doit être en contradiction avec la charia. Il nous faut constater que dans le domaine de la famille, le caractère sacré et religieux est dominant même s'il ya des fissurations dues au combat des femmes ainsi qu'à la mondialisation comme nous avons pu le voir.

Les juristes sont en quête perpétuelle de sens, de cohérence et de pertinence c'est de cette manière que les textes sont jugés, hors les textes qui ont trait au droit de la famille on note une incohérence sur le plan interne, l'existence de contradictions dans la loi elle-même comme nous avons pu le démontrer plus haut et aussi sur le plan externe dans le sens où le code de la famille contredit la constitution<sup>4</sup>. Nous en concluons que la codification a créé un potentiel conflit entre la loi interne et les conventions.

Notre travail, s'inscrit dans une démarche qualitative ; qui aura pour but de tenter de comprendre les ou la raison qui a fait que le code de la famille se distingue des autres domaines du droit, et savoir comment s'opère le compromis trouvé par le législateur entre rationalité juridique et religieuse afin d'éviter le conflit et ceci en nous appuyant sur une illustration qui est le code de la famille. Afin de tenter d'expliquer que l'exceptionnalité qui existe aujourd'hui concernant le domaine de la famille se reflète

---

<sup>1</sup>Deux courants se sont affrontés d'un côté les progressistes et de l'autre les fondamentalistes. Les fondamentalistes œuvraient pour un code de la famille directement inspiré de la charia l'autre courant militait pour l'extension du décret en vigueur de 1959 ce qui signifiait mettre le religieux de côté. R. Babaji, M.N. Mahieddin, Fiqh et droit de la famille, Revue internationale de droit comparé, Paris, 1987.

<sup>2</sup>N. Mahieddin, L'année de Maghreb, l'évolution du droit de la famille en Algérie, CNRS, Paris, 2005-2006.

<sup>3</sup>M. Arkoun, Humanisme et Islam Combat et propositions, Vrin, Paris, 2005.

<sup>4</sup>Article 32 : « Les citoyens sont égaux devant la loi sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou social »

sur la pratique de ce dernier et que cela a engendré des conflits entre la dimension égalitaire et la dimension patriarcale pour tenter d'expliquer cela nous avons dégagé quelques hypothèses.

### **Hypothèse 1 :**

Comme le rappelle, Fz.Sai, l'état algérien hérite de la colonisation, d'un droit divisé en deux secteurs : l'un francisé et appliqué à la quasi-totalité des domaines de la vie sociale ; l'autre traditionnel, plus ou moins altéré, régissant le statut personnel<sup>1</sup>, Pour les algériens, l'attachement à un statut réglementé par un droit à caractère religieux et civil était synonyme de résistance. Cependant la loi a besoin de mécanisme pour être effective si elle se retrouve soumise à des contraintes idéologiques et politiques cela peut avoir pour effet d'entraver sa pratique sur le terrain.

S'il y a généralement une concordance formelle, entre les normes internationales et la loi algérienne, en matière de droit constitutionnel ou économique, en revanche le code de la famille reste le domaine où l'idéologie a toute sa place donnant lieu à des incohérences en raison des rapports de forces qui sont exercés. Il est à noter que l'on a tenté d'octroyer au droit des prérogatives qui ne sont pas de son domaine et à la religion des éléments qui ne sont pas non plus de son domaine, de ce fait on les met en conflit à savoir entre rationalité juridique et cohérence religieuse. Nous émettons l'hypothèse que la dualité normative serait à l'origine de l'ineffectivité du droit et que la pratique du droit serait révélatrice de cette ambiguïté qui existe aujourd'hui en Algérie et qui est représentée par le code de la famille.

### **Hypothèse 2 :**

La justice se présente comme étant une instance indépendante et neutre ayant la charge de mettre en application les textes juridiques dictés par le législateur<sup>2</sup>, le juge revêt dans ce cadre, une grande importance quand au fonctionnement de l'institution judiciaire car il est chargé de trancher dans des litiges opposant des parties, nous notons donc le rôle essentiel du juge dans la mise en application des textes juridiques produits par le législateur<sup>3</sup>, en faisant une lecture la plus proche de la volonté exprimée par le législateur et d'avoir une grande capacité

---

<sup>1</sup>F.z. Sai, , Quelques remarques à propos de la codification du droit de la famille, Credissh, Oran 1983.

<sup>2</sup>L.Seriak, L'organisation et le fonctionnement de la justice en Algérie, ENAG, Alger, 1995.

<sup>3</sup>E.DeLamaz, C.Pujalte, L'avocat, le juge et la déontologie, Puf, Paris, 2009.

d'adaptation. Il incombe également au magistrat la difficile obligation de faire preuve d'objectivité dans leurs prises de décision et de mettre de côté leurs opinions afin de rendre des jugements les plus équitables possibles. Malgré cela, nous notons combien il est difficile de faire abstraction de toute subjectivité et ceci particulièrement dans le domaine que nous étudions à savoir la famille. c'est ce qu'a révélé notre enquête à savoir que l'analyse des arrêts de la cour suprême a montré que sur un même sujet et dans des conditions similaires les juges n'ont pas la même façon de réagir c'est-à-dire qu'ils ne produisent pas les mêmes jugements selon qu'on se trouve à Oran , à Alger ,à Batna ou dans une autre ville du pays, alors même que l'un des premiers rôles d'un texte de droit est la standardisation des décisions au sein de l'institution judiciaire .Cela ne remet, aucunement en cause la liberté d'appréciation laissée au juge qui est essentielle au bon fonctionnement de la justice, car la société est plurielle et il incombe donc au juge de s'adapter par rapport aux situations. Cependant cette particularité, ne peut elle pas expliquer la pluralité et la variance des décisions de justice ? Chaque magistrat a son interprétation et sa compréhension d'une situation donnée et il a sa propre façon de l'appréhender, et ceci n'aura-t-il pas tendance à s'accroître si les textes contiennent des notions qui ne sont pas clairement définies par le législateur<sup>1</sup>. C'est pour cette raison, que chacun aura tendance à l'appréhender, selon sa propre personnalité et ses sensibilités. Il est donc à remarquer que c'est la personnalité et le contexte local dans lequel se trouve le juge, qui va s'exprimer à travers son jugement et l'interprétation qu'il fait de la loi. Nous nous posons aussi la question de savoir si le fait que les juges affectés aux affaires familiales ne bénéficient d'aucune formation particulière<sup>2</sup> dans le domaine de la famille ainsi que dans la médiation familiale, à l'exception de quelques stages qui ne sont pas ponctuels<sup>3</sup>, ne seraient ils pas à l'origine de cette pratique juridique à géométrie variable.

L'articulation entre le sacré et le formel au sein des tribunaux se résout l'une au détriment de l'autre, et ceci se révèle être la meilleure méthode afin d'éviter le conflit, cela signifie que la dominante va changer en fonction du juge, ce dernier peut s'inscrire soit dans une approche patriarcale ou plutôt dans une approche égalitaire. D'une façon générale, les éléments qui

---

<sup>1</sup> L'article 55 du code de la famille parle **d'abandon du domicile** conjugal sans en préciser la définition et dans quel cas peut-on parler d'abandon de domicile. L'article 61 lui aussi, comporte une notion assez vague « *La femme divorcée ainsi que celle dont le mari est décédé ne doit quitter le domicile conjugal durant sa période de retraite légale qu'en cas de **faute immorale** dument établie.....* ». Il ne définit, pas avec exactitude, ce qui peut être considéré comme faute immorale. Les articles 65, 66, et 67 utilisent une terminologie qui n'est pas précisée à savoir celle de **l'intérêt de l'enfant**.

<sup>3</sup>La non formation des juges au domaine de la famille : cela signifie que la formation des magistrats est polyvalente dans le sens où tous les juges reçoivent la même formation puis à l'issue de la fin de cette dernière ils seront orientés vers des domaines qu'ils n'ont pas choisis en fonction des besoins. Il est à noter qu'un juge peut au cours de sa carrière changer de domaine.

détermineront le penchant ou la partialité des juges vers l'une ou l'autre des approches sont déterminés par : le cursus, l'itinéraire et le capital culturel, soit la socialisation de ce dernier.

### **Méthodologie :**

Notre travail mené sur la base de l'étude de la jurisprudence algérienne en la matière et de la méthode de l'entretien se veut qualitatif afin de mettre en corrélation les résultats obtenus par les différentes techniques de recherche, pour une meilleure compréhension de notre thème.

Concernant l'étude de la jurisprudence, nous avons construit notre corpus à partir de l'analyse de contenu des réactions des tribunaux ainsi que de la cour suprême. Nous avons procédé à l'examen des jugements rendus par les instances judiciaires et notre réflexion s'appuie de ce fait sur une analyse anthropologique des arrêts de la cour suprême. Ce choix se justifie par le fait que l'étude de ces derniers se révèle pertinente dans l'adoption d'une démarche qualitative. En raison de l'authenticité des informations recueillies à partir de ces arrêts et en nous basant sur le fait que les parties concernées par le jugement feront des déclarations les plus proches de la vérité en raison d'un enjeu de taille qui est d'obtenir gain de cause et également parce que les déclarations doivent être accompagnées par des écrits<sup>1</sup>.

Nous avons recueilli nos données à savoir les arrêts de la cour suprême à partir de la revue de la cour suprême publiée par cette dernière portant un certain nombre d'arrêts publiés de l'année 1989 jusqu'à 2019. Cette instance dont l'objectif est d'unifier la jurisprudence algérienne et de la rendre accessible aux spécialistes des sciences juridiques, aux professionnels et aux citoyens. Cette revue a classé un certain nombre d'arrêts par chambre et par thème, y compris la commission des indemnisations, les chambres réunies et les chambres mixtes, disponible sous forme de revue dans les bibliothèques universitaires et récemment via internet sur le site officiel de l'instance. En adéquation avec notre thème nous nous sommes focalisés, sur les arrêts provenant de la chambre dédiés au statut personnel des deux années 1990 et 2012 nous avons choisi ces deux années parce qu'il nous semble pertinent de connaître les pratiques juridiques quelques années après la promulgation du code de la famille et d'en faire la comparaison avec les arrêts parus douze ans après, et d'évaluer l'évolution de la pratique juridique après la révision effectuée sur le code

---

<sup>1</sup> J. M. Denieul, Petit traité de l'écrit judiciaire, Dalloz, Paris, 2005, P3.

de la famille en 2005. Il est à noter que nous avons consulté d'autres arrêts fournis par des collègues de travail afin d'enrichir notre recherche, particulièrement concernant les jugements de mariage et du divorce et ses effets car il est difficile de faire une étude approfondie sur tous les thèmes qu'englobe le statut personnel.

Cette démarche a donc pour objectif de faire une comparaison entre deux ou plusieurs arrêts de la cour suprême concernant les mêmes faits mais avec des jugements différents car les arrêts rendus par la cour suprême contiennent les jugements de la première instance à savoir le tribunal et celui de la cour d'appel, nous avons pu à travers cette méthode nous rendre compte qu'il y a des affaires quasi similaires avec des jugements différents, il est également apparu qu'une évolution dans les pratiques juridiques a été opérée car nous avons pu observer qu'à la fin des années 80 et au début des années 90 les arrêts avaient très souvent comme référent la charia islamique lors de la prise de décision<sup>1</sup> sachant que cette dernière se trouve être la deuxième source après la loi quand il n'existe pas de texte juridique concernant une situation donnée. Cette pratique a beaucoup régressé au fil des années jusqu'à se faire rare ces dernières années en raison de l'importance grandissante du support juridique qui a largement pris le dessus.

En choisissant cette approche nous avons une meilleure visibilité sur les pratiques à travers les années, que nous avons complétée par le recueil du ressenti des intéressés (Les justiciables) obtenu à travers des enquêtes de terrain tel que l'entretien, et c'est pourquoi, nous avons choisi d'adopter les deux méthodes qui se révèlent être complémentaires.

Face à ce constat, nous avons donc entrepris une démarche qui s'appuie sur la méthode de l'entretien appréhendée et effectuée de trois manières différentes : l'entretien semi directif, l'entretien libre, l'entretien spécifique d'itinéraires professionnels.

- L'entretien semi directif :

L'entretien semi directif est une méthode qualitative approfondie qui a pour but de récolter des informations en vue de réaliser une recherche en science humaine. L'avantage réside dans le fait que le chercheur peut orienter en partie le discours des enquêtés par rapport au thème de recherche qu'il souhaite aborder en s'appuyant sur un guide d'entretien préalablement élaboré. Nous avons choisi cette approche en raison de la richesse des informations qu'elle peut fournir pour apporter des éléments de réponse à nos

---

<sup>1</sup> Chaque arrêt de la cour suprême fait référence au support juridique ou autre qui justifie sa décision.

questionnements<sup>1</sup>. Le Traitement des données recueillies n'a pas été chose aisée car donner du sens aux informations collectées est une entreprise semée d'embûches en raison de l'abondance des données et de la difficulté de faire le tri entre,<sup>2</sup> d'abord ce qui est utile et ce qui l'est moins pour notre recherche et comment à partir de l'enquête nous avons pu apporter des réponses à nos questionnements.

L'élaboration de notre questionnaire a été réalisée sur la base des objectifs préalablement fixés avec pour souci permanent d'allier la précision à la clarté<sup>3</sup>, ce dernier s'adresse aux personnes ayant (actuellement ou par le passé) des affaires de statut personnel, ces échantillons sont repartis selon l'âge, le sexe, et le milieu social. Nous avons sélectionné 10 cas soit 5 hommes et 5 femmes qui ne constituent pas des couples car nous avons été dans l'impossibilité d'interroger ne serait ce qu'un couple en situation de conflit, malgré le fait que nous nous sommes déplacés au tribunal nous avons été confronté à des refus catégoriques de la part des personnes que nous avons sollicité.

Nous avons donc interrogé nos enquêtés grâce au guide d'entretien qui nous a permis de faire la lumière sur les modes d'être de nos enquêtés, leur milieu socio culturel et leur niveau d'instruction, mais également sur la ou les raisons qui les ont conduit à faire appel ou à être appelés devant la justice des affaires familiales. Il est à noter que notre intérêt s'est porté bien évidemment sur la façon avec laquelle les jugements ont été rendus et pratiqués, à tout ce qui relève des impressions ressenties face aux verdicts et à leurs applications, mais également aux difficultés d'application des lois et des décisions de justice. Nous avons pu avoir accès à cet échantillon grâce à un cabinet d'avocats qui traite de nombreuses affaires de divorce. Il est à signaler que nous avons mené nos entretiens au niveau de ce dernier, ses entretiens ont été réalisés sur une période d'un mois. Nous avons remarqué que d'une manière générale les femmes étaient plus faciles à interroger que les hommes. Ces dernières répondent plus volontiers à nos questions et apportent d'avantage de précisions, les hommes quand à eux sont plus dans la retenue et répondent souvent par oui ou par non aux questions sans apporter d'explications, c'est pour cette raison que nous avons décidé d'interroger un échantillon exclusivement féminin lors de nos entretiens libres comme nous le verrons par la suite.

---

<sup>1</sup> H. Dumez, *Méthodologie de la recherche qualitative*, Vuibert, Paris, 2013, P27.

<sup>2</sup> I. Melliti, *La fabrique du sens*, Riveneuve Edition, Paris, 2016, p103.

<sup>3</sup> S. Ganassali, *Les enquêtes par questionnaire avec sphinx*, Pearson Education, Paris, 2009, P25.

- L'entretien libre :

L'entretien libre également appelé l'entretien non directif approfondi constitue une approche qualitative de recherche fréquemment utilisée dans les sciences humaines et sociales, qui permet de récolter des informations détaillées sur un thème, il prend la forme d'une conversation<sup>1</sup>. Il existe sous deux types : le premier est l'entretien à réponse libre dans lequel le chercheur doit préparer un guide d'entretien et des hypothèses, ce dernier est libre d'entamer la discussions comme il le souhaite et de formuler ses question comme il veut. Il peut également adapter ses interrogations en fonction de la situation afin de comprendre de manière globale le phénomène ou le thème étudié<sup>2</sup>. Le second est L'entretien semi directif centré, également appelé ciblé, le chercheur doit poser des questions ouvertes concernant une situation ou un phénomène précis.

Notre choix s'est porté sur la première approche car nous voulions avoir une vision globale du phénomène du divorce et de ses effets et laisser les personnes interrogées s'exprimer et libres de dire ce qu'elles souhaitent tout en orientant de temps à autres d'une façon subtile la tournure des entretiens et comprendre ainsi comment cette situation est diversement vécue et interprétée par chaque personne . Nous avons mené une série d'entretiens avec 7 femmes que nous avons rencontré grâce à notre réseau relationnel, les rencontres se sont déroulées à l'extérieur café, parc, leur lieu de travail. Cette technique nous a permis de recueillir des informations qui nous ont été d'une grande utilité afin de mieux saisir et appréhender les conditions dans lesquelles se trouvent les femmes en instance de divorce ou divorcées et quelles sont les difficultés auxquelles elles se retrouvent confrontées de par cette situation même si nous reconnaissons que notre échantillon n'est en aucun cas représentatif mais il a pu mettre à jour un certain nombre d'éléments.

Notre recherche avait besoin d'une troisième approche qualitative afin de mieux cerner notre sujet ce n'est qu'après avoir réalisé les entretiens semi directifs et les entretiens libres que nous nous sommes rendu compte qu'il manquait un maillon très important de la chaîne et qui joue un rôle fondamental dans notre thématique à savoir le juge et c'est pour cette raison que nous avons décidé d'entamer des entretiens avec ces derniers.

---

<sup>1</sup> Russel A.Jones, Méthode de recherches en sciences humaines, DeBoeck Université, Bruxelles, 2000, P139.

<sup>2</sup> P. N'Da, Recherche et méthodologie en sciences sociales et humaines, L'Harmattan, Paris, 2015, P150.

- L'entretien spécifique d'itinéraire professionnel :

L'entretien spécifique d'itinéraire professionnel est une approche qualitative qui vise à retracer le parcours professionnel d'un enquêté, nous avons donc estimé qu'il était nécessaire de retracer le parcours d'un ou de plusieurs professionnels. Cette opportunité, avec ces derniers considérés comme le personnage central de l'institution judiciaire ayant la tâche de mettre en application la loi édictée par le législateur, personnage clé au cœur de notre problématique comme nous avons pu le démontrer plus haut. Nous nous sommes donc intéressés à l'itinéraire professionnel de deux juges de deux tribunaux différents l'un spécialisé dans le domaine du statut personnel et l'autre dans un autre domaine. S'il fut très difficile d'instaurer un climat de confiance car ces derniers sont soumis à l'obligation de réserve, il a été très facile de discuter des affaires qu'ils ont à traiter mais beaucoup plus compliqué d'aborder leurs formations et ce qui se passe en interne. Au travers des difficultés rencontrées, nous voulons savoir si les juges ont une attitude de routine sociale plutôt que d'interrogation ou de conscience de justice, probablement due à la masse de travail et à la quantité de dossiers qu'ils doivent traiter.

Nous avons établi le contact avec ces deux enquêtés grâce à notre réseau professionnel et nous avons eu plusieurs échanges téléphoniques avec le juge des affaires familiales car son témoignage est essentiel pour notre recherche et ceci en sus des contacts directs.

Tous ces entretiens nous ont permis d'avoir un éclairage important sur les difficultés de mise en œuvre du code de la famille. Les deux approches nous ont permis de mettre en corrélation les résultats.

Notre travail comporte deux parties, la première « Les prémices théoriques : entre normativité factuelle et rationalité juridique » comprend deux chapitres, le premier chapitre que nous avons intitulé « le droit musulman » : une notion discutée, nous nous intéresserons aux sources du droit musulman et à sa formation historique ainsi qu'à la multiversité d'interprétation au sein du fikh, nous insistons sur le fait que le droit musulman est une notion discutée car invention de l'historiographie coloniale selon C. Botems la notion de droit musulman est abandonnée cédant la place à la charia<sup>1</sup>. La colonisation a donné le qualificatif de droit musulman n'étant pas du droit positif. Ceux qui l'ont intégré dans leurs raisonnements n'ont pas remis en cause le contexte dans le quel il était né.

---

<sup>1</sup> C. Botems, Le droit musulman Algérien à l'époque coloniale, Slatkine Eruditio, Genève, 2014.

Nous nous intéressons au « droit musulman » car l'essentiel des dispositions de ce texte s'en inspire, mais pas seulement, ce qui est néanmoins la cause des divergences de point de vue tant entre les juristes qui sont aussi des citoyens qu'entre les citoyens qui ignorent tout (ou presque) du Droit en général et du droit musulman en particulier.

Le deuxième chapitre tente d'expliquer quelle est la place de la norme juridique par rapport à la norme religieuse et ceci en retraçant ses sources ainsi que ses caractéristiques et faire la distinction entre la norme juridique et les autres normes.

La deuxième partie de notre travail, « La production ambivalente du droit de la famille en Algérie : le poids des contraintes. » se compose de trois chapitres. Dans le premier, nous faisons une étude rétrospective du code de la famille Algérien afin de démontrer la difficulté de codification de ce dernier. Dans le deuxième chapitre nous nous focalisons sur les effets produits par la norme juridique entraînant une variabilité des pratiques au sein de la justice. Nous nous intéressons également au rôle de la justice dans la mise en application des textes juridiques et plus précisément au juge qui représente le personnage central de l'institution judiciaire chargé de mettre en application les lois dictées par le législateur.

Dans le troisième chapitre, nous faisons une comparaison de la mise en œuvre du code du statut personnel avec des pays qui ont des similitudes avec l'Algérie, à savoir le Maroc et la Tunisie et également avec un pays totalement différent de par sa culture mais avec une histoire commune, et ceci avec l'objectif d'établir une comparaison des différentes législations. Nous clôturons notre travail par une évaluation des effets produits par le code de la famille sur la condition féminine et ceci en Algérie mais également dans les sociétés musulmanes.

## **Première partie : Les prémices théoriques**

**Chapitre 1 : « le droit musulman » : diversité et hiérarchie des sources**

**Chapitre2 : La singularité du code de la famille**

## **Chapitre 1 : « le droit musulman » : diversité et hiérarchie des sources**

### **1.3 Multiplicité des Sources du « droit musulman »**

- d- Les sources fondamentales
- e- Les sources dérivées
- f- Les sources annexes

### **1.4 Formation historique du « droit musulman »**

- f- Périodes des origines
- g- L'époque préclassique
- h- L'époque classique
- i- L'époque post classique
- j- L'époque moderne

### **1.3 Le rôle prégnant du fiqh**

- a- La charia : une source supplétive
- b- Le fikh : Diversité des modes d'interprétations

### **1.4 Le droit de la famille dans la sphère juridique algérienne**

- a- Place du « droit musulman » dans la législation algérienne :
- b- Effets de la dualité des sources sur l'effectivité des normes

La norme, est un mot d'origine latine qui signifie « équerre, règle », considérée le plus souvent comme une règle à suivre. A l'époque romaine, le mot désignait à la fois un outil (une équerre) censé donner l'angle droit, mais aussi un principe directeur (une ligne de conduite)<sup>1</sup>. Tout ce qui entre dans une norme est considéré comme « normal », alors que ce qui en sort ou s'en écarte est « anormal ». Ces termes peuvent sous-entendre ou non des jugements de valeur. William Summer dans *Folkways* rappelle que les normes recouvrent des techniques, des usages, des mœurs et des lois et sont inséparables de l'activité de régulation qui les crée et les maintient<sup>2</sup>.

Une norme, au sens sociologique du terme, représente un comportement généralement observé dans un contexte donné. La conception de normalité ou d'anormalité est vierge de tout jugement de valeur et se rapporte plutôt au concept sociologique de déviance. indissociable d'un ordre de valeurs qui dans chaque société oriente les comportements des acteurs et des groupes, les normes sont des règles qui régissent les conduites individuelles et collectives, elles constituent un mode de régulation sociale étudié par les sociologues depuis Émile Durkheim<sup>3</sup>. Le respect des règles a été pensé comme l'obéissance aux lois, en référence à l'autorité sociale qui s'impose dans la norme juridique (Kelsen) l'attente de sanctions positives et la crainte de sanctions négatives assurent dans cette optique le fonctionnement du système normatif<sup>4</sup>.

Après avoir connu son heure de gloire entre les années 30 et les années 60, l'étude des normes est entrée en déclin dans le domaine de la psychologie sociale. En revanche, à partir des années 80, elle a été réinvestie dans le cadre de la socio-économie, l'explication des conduites économiques par les normes est apparue comme une alternative au modèle du choix rationnel.

-Alors que le modèle du choix rationnel pense que le système économique est régulé par des jeux d'équilibre spontané, la socio-économie pense que les normes sociales ont comme fonction de réguler des dispositifs économiques.

-Alors que le modèle de choix rationnel rend compte des comportements économiques par la rationalité des individus, pour la socio-économie les acteurs économiques agissent plutôt en fonction de normes sociales<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Ph.Muller, Cicéron un philosophe pour notre temps, L'âge de l'homme, Paris, 1990, P26.

<sup>2</sup> Dictionnaire de Sociologie, Armand Colin, 4<sup>e</sup> édition, France, 2014.

<sup>3</sup> Dictionnaire de la sociologie, Larousse, Madrid, 2012.

<sup>4</sup> N.Grangé, Frédéric Ramel, Le droit international selon Hans Kelsen, Essai édition, Paris, 2018. P32.

<sup>5</sup> Dictionnaire de la sociologie, Larousse, Madrid, 2012.

Un débat a également eu lieu sur la genèse des normes. Pour Raymond Boudon, les normes sont les produits des valeurs, ces dernières sont relatives aux sociétés auxquelles elles appartiennent. Pour Jon Elster, les normes sont fondées sur les émotions. Selon lui, les individus obéissent aux normes en vigueur parce qu'une violation de ses règles entraînerait une sensation de honte. Cette perspective ouvre finalement la voie à une réconciliation possible entre la théorie des normes et celle des choix rationnels<sup>1</sup>.

Il existe deux types de normes en sociologie. La première, norme informelle est une façon de se comporter dans la société qui n'est pas obligatoire, mais dont les membres de la collectivité trouvent nécessaire à son bon fonctionnement. Les normes sociales, sont des modèles de comportement, comprenant à la fois des prescriptions de conduites culturelles et des interdictions consensuelles sanctionnées, par les membres du groupe, cette intériorisation ne doit pas être imposée à l'individu, elle doit être acceptée volontairement, il s'agit ici de la conception que les interactionnistes se font de la norme. Pour eux l'interprétation de la norme relève de la subjectivité ; elle se construit dans l'interaction, elle-même régie par les attentes liées aux rôles occupés par les agents de l'interaction<sup>2</sup>. Talcott Parson a démontré que l'appropriation de la norme est indispensable .elle est un état habituel, régulier, fréquent, ce qui en sort est anormal, marginal. La seconde ; la norme formelle, est une loi ou une règle officielle régie par l'état. Ceux sont des règles obligatoires quelle que soient leurs provenances (lois, codes, coutumes, voire du droit naturel). Elle est un sous-ensemble de normes sociales qui sont institutionnalisées par des règles de droit hiérarchisées<sup>3</sup>.

Les normes sont, donc, des règles plus ou moins formelles, explicites et arbitraires qui, ayant cours dans un groupe social déterminé, balisent les manières de sentir, de penser et d'agir. Elles s'imposent, mais elles ne sont pas pour autant des déterminations inéluctables, des « lois de la nature qui ne peuvent pas être transgressées ». Elles sont plus ou moins contraignantes, selon les lieux, les moments, les groupes dans lesquels elles sont valorisées ou selon la place qui leur est accordée dans la hiérarchie des valeurs.

De plus, les normes n'étant pas toujours explicites, ne peuvent être réduites au sens juridique du terme. Le terme « norme » est donc utile pour décrire les systèmes de règles. De ce fait la « norme » désigne donc au sens large du terme l'ensemble des règles obligatoires édictées par les autorités publiques : la constitution, la législation,

---

<sup>1</sup> R. Bourdon, P. de Meulenaere, R. Vitale, L'Explication des normes sociales, Puf, 2001.

<sup>2</sup> J.F Fortier, F Pizzarro Noël, La sociologie de A à Z, Pearson, Canada, 2013.

<sup>3</sup> Lexique de sociologie, Dalloz, 4<sup>e</sup> édition, Toulouse, 2013.

les ordonnances, décrets, règlements et arrêtés (ministériels, préfectoraux ou de wilaya, ou communaux)..

- . En droit positif, une hiérarchie ordonne les normes
- La constitution est au plus haut niveau de la hiérarchie.
- Viennent ensuite les lois organiques, les traités internationaux
- Puis enfin, on trouve les lois qui peuvent être regroupées dans des codes

Notre étude s'applique à démontrer que les normes sont multiples et différentes et notre objet de recherche se focalise particulièrement sur la norme juridique et ses provenances, à savoir en ce qui nous concerne, la norme juridique qui régit la famille et qui a pour origine la charia islamique.

### **Chapitre 1 : « le droit musulman » : diversité et hiérarchie des sources**

Le droit musulman est le droit qui régit les adeptes de la religion islamique<sup>1</sup>. Le mot musulman vient lui-même du mot islam qui signifie « soumission à la divinité ». L'islam est la religion de l'ensemble des peuples qui ont accepté la religion révélée par Mohamed dans le Coran. Or ces peuples représentent une partie importante de l'humanité. On peut approximativement évaluer en 2003 environ 1,3 milliard de musulmans dans le monde (sur une population totale de 6,3 milliards d'habitants sur la planète): 84 % de sunnites, 15 % de chiïtes (majoritaires en Irak, en Iran et chez les musulmans du Liban, nombreux dans les pays du Golfe) et 1 % de Kharédjites (Afrique du Nord au Mzab et dans l'île de Djerba et sultanat d'Oman). Sur un total d'1,3 milliard de musulmans environ, 930 millions à peu près vivent en Asie, dont 240 millions au Moyen-Orient (Iran, Péninsule arabe et Turquie) et 690 millions environ en Asie méridionale centrale, 320 millions résident en Afrique, dont 130 environ en Afrique du Nord et 190 en Afrique sub-saharienne. L'Amérique du Nord ne compte guère plus de 5 millions de musulmans et l'Amérique latine un million et demi. L'Union Européenne compte 15 millions de musulmans sur 466 millions d'habitants; le continent européen dans son ensemble environ 32 millions.<sup>2</sup>

Le mot « droit » se traduit en arabe par le mot "kanun" qui signifie un sens très général de « loi » et de « code ». pendant une longue période , qui va de l'époque Abbasside jusqu'aux grandes codifications ottomanes, ce mot a surtout désigné les règlements pris par

---

<sup>1</sup> Louis Millot, François-Paul blanc, introduction à l'étude du droit musulman, Sirey, Paris, 1987.

<sup>2</sup> Ralph Stehly, Professeur d'histoire des religions, Université de Strasbourg.

les gouverneurs de province, en matière administrative, financière et pénale<sup>1</sup>, la charia quant à elle devait donc régenter toute la vie publique et privée du musulman mais comme les ouvrages de fiqh ne comportent que très peu de dispositions de droit public, et que, par ailleurs, le système pénal musulman est apparu très tôt comme inapplicable dans sa majeure partie, les détenteurs de la puissance publique surtout les gouverneurs, sans posséder pour autant une autorité législative quelconque, prirent l'habitude d'édicter des règlements kanun dans ses deux domaines<sup>2</sup>. A l'époque, cette façon de procéder n'a pas choqué même les ulémas les plus intransigeants, car en matière administrative, le kanun n'était pas en conflit avec la charia, le plus souvent muette sur ces questions, pour le droit pénal, il ne paraît pas y avoir eu, non plus, empiétement du kanun sur la charia, les gouverneurs ayant eu la sagesse de se borner à substituer la peine de flagellation, peine prévue dans les ouvrages du fiqh, ainsi que les peines gravement mutilantes du Coran telles que les amputations de la main ou du pied ou la lapidation.

Avec les sultans ottomans, le terme kanun va s'appliquer à des actes de l'autorité et débordent largement les domaines du droit administratif et financier et du droit pénal. A vrai dire, parmi les premiers kanuns édictés sous Mohammed, deux se limitent à ce domaine restreint, mais, un siècle plus tard, sous l'impulsion de Abu l'Suud, grand mufti d'Istanbul de 1545 à 1574 les kanuns vont désormais apporter une solution légale à des questions, qui jusque-là étaient du ressort exclusif de la charia, notamment le droit de la terre, sans que pour autant les deux ne se soient retrouvés en opposition<sup>3</sup>.

Aujourd'hui, dans tous les pays du Proche-Orient sont dénommés kanun non seulement les lois ou les codes s'inspirant directement des législations occidentales telles que le droit civil ou commercial mais aussi les lois qui s'inspirent de la charia tel que le code de statut personnel Marocain, Égyptien ou Algérien.<sup>4</sup>

Quoi qu'il en soit le kanun qui s'inspire des législations occidentales ou de la sharia est validé en commission, voté par des assemblées législatives et promulgué par l'exécutif. Il est à noter qu'en ce qui concerne les lois ayant trait au statut personnel, la phase d'élaboration représente un défi car ayant pour source la charia, il est particulièrement difficile de répondre aux principes d'égalité hommes-femmes, s'ajoute à cela l'affrontement de plusieurs courants d'influence à l'intérieur des états.

---

<sup>1</sup> Encyclopédie de l'Islam, Maisonneuve et Larose, Paris, 1987.

<sup>2</sup> J. Lafon, Les capitulations ottomanes : Un droit para colonial ?, Droit, Paris, 1997, p155-180.

<sup>3</sup> B. Ghalioun, Islam et politique la modernité trahie, Edition la découverte, Paris, 2017, P31.

<sup>4</sup> Encyclopédie de l'Islam, Maisonneuve et Larousse, Paris, 1987.

Nous nous intéresserons dans ce chapitre aux sources du droit musulman et à sa formation historique, ainsi qu'à la diversité d'interprétations au sein de fiqh, pour ensuite étudier sa mise en œuvre dans des pays proches de par leurs religions, la langue et les coutumes.

L'histoire de la formation du droit musulman est un sujet de controverses. La raison est que les documents du premier siècle de l'Hégire sont rares et il n'existe qu'un seul grand texte assurément daté de cette époque, à savoir le Coran. La sunna, dires et faits du prophète viennent beaucoup plus tardivement et se trouvent être contestés comme sources fiables par les orientalistes, car déterminant des souvenirs authentiques mais difficiles à déterminer<sup>1</sup>. Les Oulémas insistent sur le fait que la norme juridique est principalement fruit d'un décryptage du Coran et de la Sunna, cependant ses derniers ont valorisé le rôle joué par le fiqh dans son élaboration, comme le fait Weber en insistant sur la valeur normative du fiqh « *Ni le Coran, ni la Sunna ne sont les sources directes du droit qu'utilise le juge. Ces derniers sont constitués par le fiqh qui, produit du travail spéculatif des écoles de droit, et une collection de hadiths classés...* »<sup>2</sup>. Il est à noter que pour Goldziher, Snouk-Hurgronje et plus tard de Snacht, ni le Coran, et même la sunna n'ont été considérés comme des sources formelles du droit appliqué en raison, pour le Coran, du petit nombre des règles juridiques qu'il contient, et pour la Sunna comme nous avons pu le citer plus haut en raison d'une crédibilité fréquemment insuffisante de la chaîne des transmetteurs de traditions<sup>3</sup>.

Cependant nous avons fait le choix d'établir un processus plus scolaire que nous avons retrouvé dans un grand nombre d'ouvrages notamment en langue arabe, et ceci, afin de ne pas nous éloigner de notre objet d'étude.

Dans le droit musulman le domaine de la religion et le domaine du temporel ne sont pas distincts ; ainsi le droit public et le droit administratif sont englobés dans les sciences de la loi religieuse puisque gouverner, juger cela équivaut à imiter le prophète. Le système islamique de ce fait est à la fois religieux mais aussi social.

Le droit musulman est un système juridique à part entière avec ses sources, sa méthodologie, ses principes particuliers, en dépit de cela il a longtemps été comparé au droit romain<sup>4</sup> et

---

<sup>1</sup> H. Bleuchot, Droit Musulman, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2000, Marseille, p39.

<sup>2</sup> M. Weber, Sociologie du droit, PUF, 1986, Paris, p172-173.

<sup>3</sup> B. Botiveau, Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Karthala, 1993, Paris, p91.

<sup>4</sup> H. Redissi, La tragédie de l'islam moderne, Seuil, Paris, 2011. P107.

ceci en raison de l'apparition du droit romain avant le droit musulman et de leurs ressemblances à un certain degré.

Les premiers croyants trouvaient, dans le Coran, toutes les indications pour organiser la communauté de l'époque, mais comme nous l'avons cité plus haut cette communauté n'a pas cessé de grandir dans des contrées fondamentalement différentes de l'Arabie du 7<sup>e</sup> siècle, la nécessité d'adaptation fut donc inévitable ; cette étape correspond à la naissance du droit musulman *fiqh* et de la *charia* représentant la volonté de Dieu (La Révélation) et s'identifierait à la religion éternelle. En revanche, le *fiqh* serait l'œuvre des *fukaha* (juriste de droit musulman) dans la loi islamique. Le mot *fiqh* a de ce fait une connotation humaine alors que le mot *charia* a une connotation divine. Les réformistes et les modernistes exploitent souvent cette nuance entre le *fiqh* et la *charia*, ce qui leur permet de s'émanciper du *fiqh* classique. Ainsi on peut distinguer dans le *fiqh* ce qui, de par certitude, appartient à la *charia* et donc immuable, et ce qui est plus incertain, parce que produit par la recherche humaine (*'ijtihed*), et est donc rectifiable par un nouvel *ijtihed*. Ce qui n'enlève en rien la connotation religieuse du *fiqh* qui a pour source le Coran et la *sunna*, s'y ajoute par la suite le fruit du travail de la raison humaine sur ces textes : les savants juristes ont élaboré peu à peu des conclusions ou des interprétations qui sont considérées comme appartenant à la *charia* qui incarne la loi sacrée de l'Islam en un ensemble universel de devoirs religieux, la totalité des commandements d'Allah, qui règlent la vie de chaque musulman sous tous ses aspects. Elle comprend, en les mettant sur le même plan, des obligations concernant la prière et le rite, aussi bien que des règles politiques et légales, ce système juridique fait partie d'un système de règles religieuses et morales. Il est à noter que les principes de la *charia* sont de source divine uniquement à travers le livre sacré et la *sunna* relatant les dires et faits du prophète Mohamed. En cas d'absence de texte concernant un sujet particulier, le *fiqh* nous oriente vers *el idjmaa*, soit le consensus des juristes, le raisonnement analogique et l'interprétation *l'Ijtihad* c'est-à-dire la faculté de réflexion logique par rapport à un sujet précis et cela sans contredire la religion islamique. Cette source de réflexion est censée résoudre toutes les absences au sein du livre sacré et de la *sunna* et de fait, elle s'adapte avec les exigences de la modernité, tout en respectant la religion. C'est donc une source plus flexible que ce que nous allons voir en ce qui concerne les sources fondamentales de la *charia*, ses dernières sont basées sur la raison humaine, sans oublier la coutume *urf* qui a permis d'adapter le droit d'origine religieux à la diversité des pays.

## 1.1 Multiplicité des sources du droit musulman

### a. Les sources fondamentales :

#### 1. Le Coran :

Le Coran, l'instar des livres sacrés est un texte révélé, il fut transmis à l'humanité par un message de dieu au Prophète Mohamed (né à la Mecque à l'an 570 à peu près mort en 632 qui correspond à rabi al awal de l'an 11 de l'hégérie). Il fut révélé en totalité la nuit du Destin ; puis descendit à nouveau, mais cette fois par fragments au cours de la prédication du Prophète. Le Coran représente une collection de messages reçus par intervalles. Il est indiqué au début de chaque sourate si elle date de la période mekkoise ou médinoise. Ses révélations ont été recueillies, dans les vingt ans qui ont suivi la mort du prophète, en un texte coranique unique, accepté de tous les croyants. La conservation de ce texte se fit par écrit et de mémoire. De nombreux houfaz apprenaient par cœur les sourates dont ils avaient connaissance. Les fragments du Coran étaient écrits ou gravés, au fur et à mesure de leurs dictées par le Prophète sur différents objets, le papier n'existant pas encore<sup>1</sup>. Il semble que l'écriture fut introduite à peu près au temps du prophète, et que le Coran était le premier livre écrit en arabe. Rédigé en arabe il est donc lié à cette langue et pour comprendre le livre sacré il faudra passer par les très nombreux commentaires grammaticaux.

Du point de vue juridique, il n'est retrouvé pas plus de cinq-cents versets du coran (le dixième du texte sacré) que les docteurs en théologie ont pu utiliser en vue d'élaborer el fiqh, pour ce qui est du droit, bien moins encore, puisqu'il faut éliminer tout ce qui touche au rituel. L'insuffisance de ces versets, du point de vue juridique est aggravée par le fait, qu'il s'agit, le plus souvent de cas d'espèce, qui concerne le plus fréquemment les successions. Le Coran est donc le code de conduite par excellence, applicable à toutes les situations humaines. Ainsi les juristes se posent la question de l'emploi de l'impératif utilisé et cité dans le coran concernant un acte à caractère obligatoire ou permis. Il y a eu sur ce sujet de longs débats entre les savants du droit et plus particulièrement entre l'école Malikite et chafite.

Il est évident pour tout croyant qu'il n'a pas à interpréter lui-même les versets : cette interprétation a déjà été faite avant lui par la communauté, à savoir que le juge n'a pas à fonder ses sentences sur le livre sacré, au moyen de ses propres interprétations. Il peut certes, le citer, mais ce sont les livres de fiqh qui doivent lui fournir une solution.

---

<sup>1</sup> H. Vandeveld, Cours D'Histoire du droit musulman et des institutions musulmanes, OPU, Alger, 1983.

## 2. La Sounna :

La sounna du prophète a été considérée comme la seconde source de la loi en vertu de certains passages du coran, elle se réfère uniquement au prophète, elle comporte un ensemble de textes précis qui ont été mis par écrit au IX<sup>e</sup> siècle. De plus cette tradition ne se réfère pas nécessairement à des décisions formelles du prophète : il s'agit aussi des habitudes qu'il suivait, de sa règle de conduite, de ses façons de faire, et, par exemple aussi, de ses silences, dans telle ou telle occasion<sup>1</sup>. De même, la tradition relative à ses compagnons nous est également rapportée, et elle a pu jouer un rôle important pour ce qui est de l'ijmaa<sup>2</sup>.

La manière d'être du prophète devint rapidement une source importante de la loi<sup>3</sup>, par dizaines, centaines, en quantité innombrable il est apparu la nécessité de conserver ceux qui semble authentique (recueil hadiths) comme celui de Bokhari considéré comme un des plus authentiques mais n'échappant tout de même pas à la critique, de ce des fait les théoriciens ne se sont pas préoccupés de faire la critique interne, à savoir, par exemple, si le prophète était vivant au moment des faits ne se préoccupant pas du Matn(le récit) mais plutôt se référant à Isnad (Appui) soit l'énoncé de la chaîne de ceux qui auraient transmis les dires ou les faits relatifs au prophète et ceci jusqu'au recueil de tradition.

Les recueils de hadith ont été conçus comme source de référence du droit Musulman (fiqh) ; leur classement a donc été fait en fonction de la progression même des chapitres du fiqh. Les fokaha (savants juristes ont à leur disposition un ensemble de principes juridiques et moraux ainsi qu'une somme de cas, constituant une base qui leur permet, par raisonnement analogique, de résoudre les problèmes nouveaux en fonction du précédant que représente el Hadith. La continuité est donc assurée à travers les siècles et garantit la fidélité de la communauté musulmane à la sunna. A chaque génération, elle y trouve le message des premiers musulmans.

---

<sup>1</sup>H. Bleuchot, Droit Musulman, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2000, Marseille, p49.

<sup>2</sup> G.H.Bousquet, Le droit musulman, Armand collin, Paris, 1963.

<sup>3</sup> R. Alili, Qu'est ce que l'Islam, La découverte, Paris, 1996, p56.

## **b. Les sources dérivées :**

### **1- L'ijmaa, accord unanime des docteurs (Théologiens) et l'Ijtihad, le moyen de prendre connaissance d'une règle juridique:**

L'Ijmaa représente la source première du fiqh, l'émergence des écoles a fait que les spécialistes en théologie sont parvenus à se mettre d'accord sur un certain nombre de points, et c'est ainsi que se développa le dogme de l'ineffabilité de la communauté musulmane, lorsque un accord unanime est réalisé par des personnages faisant autorité à une époque donnée, cette décision lie la communauté musulmane pour l'avenir même si dans le passé il y eut des divergences en la matière, il est à noter que grâce à ce dernier la communauté musulmane possède grâce au dogme une interprétation des textes sacrés qui offre au juge des solutions, ce dernier n'a pas à connaître le Coran ou la sunna et à les interpréter, il fait appel à la solution pensée et réfléchi par les théoriciens et pratique de ce fait el taqlid et c'est la raison pour laquelle le Coran et la sunna ne représentent pas un code de droit, mais plutôt les sources historiques du fiqh. Les éléments de cette connaissance sont le Coran et les commentaires qui s'y rapportent, les versets abrogés et abrogeants ; les procédés de transmission et le caractère authentique du hadith, l'interprétation du Coran et de la sunna selon la tradition et la connaissance des règles sur lesquelles l'accord unanime Ijmaa s'est établi en cette matière ainsi que les règles qui suscitent la controverse. Les savants juristes doivent avoir une vaste intelligence et un sens aigu des réalités de leurs temps.

L'Ijtihad se trouve être l'effort individuel d'un juriste pour arriver à une conclusion, pour Al Ghazali, c'était la recherche de la connaissance de la règle juridique<sup>1</sup>. L'Ijtihad consiste à fournir de grands efforts pour acquérir ce à quoi le moujtahid aspire et ce qu'il poursuit à savoir la recherche de la règle juridique, comme le rappelle J. Berque, l'effort d'interprétation ne se limite plus à de l'imitation des textes, il se révèle être une lecture des textes en adéquation avec l'évolution des sociétés avec pour objectif le bon fonctionnement du système juridique, tout en sachant qu'il existe des limites à ne pas franchir<sup>2</sup>

### **2- Le raisonnement analogique (qiyas) :**

Le qiyas est l'application d'un raisonnement à un cas non prévu dans les sources religieuses d'une disposition qui s'y rencontre, il est jugé par ses détracteurs de simple mode de

---

<sup>1</sup> R. Gleave, La charia dans l'histoire, Ijtihad, épistémologie et « tradition classique », La découverte, Paris, 2012, p26-27.

<sup>2</sup> B. Botiveau, Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Karthala, 1993, Paris, p67.

raisonnement élevé au rang de source, il a malgré tout, en raison du grand nombre de solutions résolues, un consensus quant à sa légitimité en tant que source du droit.

Le qiyas comporte d'après la doctrine des foqahas quatre éléments :

- 1- Le texte qui sert de fondement : verset du Coran ou du Hadith.
- 2- Le cas à résoudre.
- 3- Le rapport qui existe entre les deux situations.
- 4- L'extension par analogie, de la solution mentionnée dans le texte au cas à résoudre.

La règle, déduite par qiyas peut prendre valeur de loi si elle fait l'objet d'un consensus Ijmaa des savants juristes.

### **c- Les sources annexes**

#### **1- istiçlah, istiçhab :**

Istiçlah : Terme à rapprocher istihsan, ou fait de tenir bon. L'istiçlah signifie le jugement utile dans l'intérêt général. Il consiste à appliquer une disposition exceptionnelle pouvant être contraire à celle obtenue dans le cadre du qiyas, si ce dernier donne lieu à une solution illogique injuste ou indésirable.

L'istiçhab : est le fait de chercher le contact avec ce qui est bien établi, il consiste à admettre que les règles du fiqh doivent rester en vigueur, tant qu'il n'est pas établi qu'un changement soit intervenu.

#### **2- La coutume (orf)**

Le orf a suscité beaucoup de désaccords entre les théologiens quant à son admission en tant que source du droit, il existe deux théories ou deux systèmes concernant la légitimité du orf comme source de droit ; la première théorie stipule que les coutumes doivent être appliquées, à moins que la loi ne dise le contraire, la deuxième théorie stipule que l'application des coutumes ne peut se faire que si elle fait référence à la loi : par exemple, le juge devra obligatoirement en tenir compte pour déterminer le montant usuel de la dot. Il est à noter que c'est particulièrement en matière de droit public que l'usage de la coutume écrite islamisée est la plus répandue ainsi que les règles du droit foncier et commercial.

### 3-Les solutions de jurisprudence :

Le droit étant connu et étudié, on peut donner des conclusions pratiques ; c'est le fait de la pratique judiciaire : un arbitre, hakim, ou un juge, qadi, interviennent pour rendre la justice. Les solutions de jurisprudence sont rassemblées dans des recueils et les juristes s'y réfèrent, comme on se référait, et on se réfère actuellement aux arrêts de jurisprudence. C'est le fait également des consultations rendues par les muftis et rassemblées dans des recueils de compte-rendu et de consultations juridiques que l'on peut consulter.

Pour Chafik Chehata, le Coran ne comporte que très peu de préceptes à vocation juridique c'est pour cette raison que le corpus juridique musulman n'a quasiment pas été l'objet de recours lors de son élaboration, par conséquent, il le qualifie de droit coutumier regroupant les pratiques sociales mais concernant tout ce qui a trait au mariage, au divorce ou à la succession, le référent religieux est bien plus présent en comparaison avec les autres domaines constitutifs du droit, cela s'explique par le fait que les textes sacrés ont décrit et font référence aux domaines de la vie privée et cela beaucoup plus que les autres domaines. Cependant, Chehata met l'accent sur le fait que cette particularité ne fait en aucun cas du droit musulman un droit religieux en le qualifiant de droit positif qui dans certains domaines s'appuie sur des référents religieux.

Pour Ch. Chehata, il n'existe qu'une seule et unique source du droit musulman, à savoir la doctrine<sup>1</sup>. Si le cadi porte jugement il ne peut en principe le faire qu'assisté d'un ou plusieurs muftis qui lui servent de conseillers juridiques. Le mufti dit le droit et le cadi l'applique.

Pour Lucie Pruvost il est certain que les pays musulmans se distinguent des sociétés politiques de type occidental dans ce sens où la loi religieuse se révèle comme organisatrice de la vie sociale, la relation de l'homme avec Dieu prend une place particulière et c'est ce que nous appelons la loi religieuse, c'est-à-dire un ensemble de normes, codifiées ou non, qui réglementent la vie des hommes et leurs rapports sociaux d'une manière générale, il s'agit d'éléments de droit positif, à distinguer d'un code de type moral qui s'impose à la fois au **fort interne et au fort externe** et ils tirent leurs capacités obligatoires de leur source première à savoir « Dieu »<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ch. Chéhata, études de droit musulman, P.U.F, 1971

<sup>2</sup> L. Pruvost, Une source du droit musulman : Le Consensus, La renaissance, Troys, 1980.

En pays musulman, la religion modèle toute la société, les institutions sociales tout autant que la conduite des individus, l'éthique et le droit constituent les deux modalités du système religieux. Le droit a pour fonction de classer les actions selon le critère absolu du bien et du mal. Ce critère ne résulte pas de la raison interprétant des données naturelles, mais de la révélation elle-même, la majorité des théologiens musulmans classiques exclut la notion de loi naturelle. Ils estiment en effet que l'univers subsiste uniquement par une création continue. « Tout y dépend de la volonté seule de Dieu ».

Il existe donc un lien étroit entre religion et droit. Ce lien apparaît lorsqu'on revient aux deux principes fondamentaux de la construction du droit musulman<sup>1</sup>

Les jurisconsultes musulmans appliquent les coutumes préexistantes dans la mesure où elles ne s'opposent pas à la religion, ce qui représente la première construction, pour la deuxième et la plus importante, la norme juridique est puisée à la source, le Coran, la tradition du prophète « sunna », en cas de silence, les jurisconsultes ont recours à l'interprétation par l'effort « Ijtihad » qui constitue également un lieu théologique en vertu de la nature de son fondement : La source révélée. Cet effort se déploie par le moyen de la méthode du raisonnement par analogie « qiyas » et du raisonnement libre (ray).

## **1.2 Formation historique du droit musulman :**

La loi islamique est le résumé de la pensée islamique, le mot fiqh (compréhension) lui-même montre que l'Islam considérait la connaissance de la loi sacrée comme la connaissance par excellence. La théologie n'est jamais parvenue à acquérir une importance comparable. La vie entière des musulmans, la littérature arabe et islamique d'enseignement sont profondément empreintes des idées de la loi islamique. Il est impossible de comprendre l'Islam si l'on ne comprend pas la loi islamique, qui est un exemple flagrant de loi sacrée ce qui est totalement différent de toutes les autres formes de droit.

Le droit islamique n'est pas apparu par le fait du hasard, il est la résultante de plusieurs années de maturation passant par des étapes qui débutent par la révélation faite au prophète Mohamed jusqu'à notre ère moderne

---

<sup>1</sup> L Gardet, L'Islam, religion et communauté, Desclée de brouwer, France, 1970.

### **a- Période des origines :**

Le début de la première ère musulmane se situe aux alentours des révélations faites au prophète, elles ont duré vingt années, en a résulté le livre sacré de l'Islam « le Coran ». Texte sacré qui contient en particulier des injonctions à caractère spirituel et moral, et non pas juridique. Commença à ce moment un phénomène d'élargissement et d'extension de la religion et cela même en dehors de la péninsule arabique.

Le premier système juridique a vu le jour avec l'apparition de la dynastie des Omeyyades ayant pour capitale Damas en Syrie en l'an 660, ce fut donc l'émergence d'un droit musulman proprement dit, qui a remplacé un droit coutumier, mais à partir du moment où un royaume fut érigé, la nécessité d'établir un ordre juridique est apparue indispensable. Les Qadis nommés par les califes Omeyyades ont dû faire face à des situations qui exigeaient une réglementation. Ils ont rendu la justice en faisant état du droit jusqu'ici en vigueur, mais également en prenant en considération qu'ils détenaient leurs pouvoirs du Calife musulman et que le droit applicable devait prendre en considération un nouvel état des choses. Mais il est à noter qu'au terme de cette étape de la réflexion juridique musulmane, il n'existe à ce moment-là aucune conception théorique de type juridique, le dogme musulman ne trouve réellement sa source qu'uniquement avec l'avènement des Abbassides, tout en sachant qu'à ce moment, un corpus jurisprudentiel était déjà établi et ceci à l'image du grand recueil de Al-Djami kébir dont Mohammad ibn el Hassan al Chaybani est l'auteur, élève de l'imam Abu Hanafia jusqu'à sa mort, puis sous Abu Youcuf et également avec l'imam Malik. Il constitue un des penseurs Hanafites les plus connus, ayant pour référent Zufar, considéré comme l'un des piliers de ce courant, nous en déduisons que la pensée hanafite est la résultante d'un droit de source iraquienne, mais le droit hanafite n'est pas le seul à avoir puisé dans les textes d'auteurs antérieurs, le courant malékite lui aussi s'est constitué à partir d'un corpus juridique déjà existant comme Said ibn al-Musayyab, et Zuhri. Ces divers auteurs ont fait modeler la coutume de Médine et l'ont concilié avec la foi musulmane.

### **b. L'époque préclassique :**

L'époque des fondateurs : on assiste à une prolifération des écoles. Cette époque coïncide avec les compilations fondamentales, période où l'histoire du droit musulman va se confondre avec l'histoire de la doctrine musulmane, il est très important de mettre l'accent sur le fait que ces compilations ne sont en fait que la résultante de pensées antérieures comme le

dit Chehata « *(la période) des prétendus fondateurs d'écoles ne doit pas être considérée comme le début d'une évolution .Elle en constitue plutôt la fin* »<sup>1</sup>

Le droit musulman sera consigné dans des compilations avec des explications et des justifications qui constitueront des affirmations fondamentales incontestables, telle que la doctrine musulmane. Cette doctrine verra le jour avec l'opposition de deux écoles l'une se prétendant du droit iraquien et l'autre du droit hedjazien, à savoir l'école Hanafite et l'école Malékite. Il n'est pas rare de trouver des ouvrages de fiqh qui font la distinction entre les deux écoles en constatant que l'école malikite est plus basée sur les sources religieuses ( El hadit) c'est le fondateur de l'école qui a légué l'ouvrage de base el **Mudawwanah** , alors que l'école hanafite se baserait davantage sur la réflexion et l'analyse des faits , l'ouvrage de base est attribué à Chaybani **El Mabsul** ou **Al-Asl** <sup>2</sup>.

Il est à constater l'émergence d'autres écoles telles que l'école Chaféite ( El Chafii) qui se trouve être un compromis entre les deux précédentes écoles la grande compilation de Chafii **Al-Umm**, et l'école Hanbalite ( Ibn-Hanbal) ce courant se revendique d'être encore plus muhadit que le courant malikite et prône l'origine divine du droit, mais en fait cette mouvance emprunte aux différents courants des solutions aux questionnements d'ordre juridique, **le Musnad** de Ibn-Hanbal étant le recueil de hadit de référence de cette école. Ses écoles constituent les quatre principales écoles du courant sunnite. Il existe en dehors de l'islam sunnite d'autres écoles comme l'école zaidite (Zaid Ibn Ali), l'école imamite et l'école ismailite ainsi que des écoles à caractère politique telle que l'école Kharidjite.

Voici donc les principales écoles qui constituent la doctrine musulmane, certaines d'entre elles continuent leurs réflexion et d'autres ont disparu.

### **c. L'époque classique :**

Les ouvrages que nous avons cité plus haut qui constituent les sources premières du droit musulman, ne sont en fait que des recueils de cas sans définition ni justification, ni aucune explication, élément qui constituera le grand défi de cette période. Nombreuses sont les tentatives des différentes écoles de donner du sens aux précédents écrits, à travers des ouvrages à méthodologie plus rationnelle appelés « **Mukhtasar** » ou « **Matn** », la méthode utilisée à ce moment est celle de résoudre les problèmes pratiques par une discussion, étude

---

<sup>1</sup> Ch. Chehata, Etude de Droit Musulman, Presses Universitaire De France, 1971, Paris.

<sup>2</sup> B. Botiveau, Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Karthala, 1993, Paris, p99.

et comparaison entre, d'une part, des principes généraux (règles) ou des cas similaires (jurisprudence), et d'autre part la considération des particularités des cas étudiés (cas réels). De la confrontation entre les perspectives générales, passées et particulières est censée émerger la juste action à mener<sup>1</sup>.

Pendant cette période, chaque école évoluera à son rythme en fonction des pays où elle s'est étendue et des penseurs qui la constituent, chacun ayant sa particularité.

Pour l'école Hanafite cette époque se révèle très prodigieuse nous citerons l'œuvre la plus importante de toutes celles de Kasani « **Badai al Sanai fi Tartib al charia** » cet ouvrage se caractérise par une clarté et une logique jamais atteinte avant, d'autres œuvres l'ont précédé sans atteindre la systématisation Kasani tel que Samarqandi « **Tuhfat al fuqaha** », Tahawi **Adkhar al huquq wal-ruhun**, Al-Kharkhi « **Rissala** », Al-Nasafi « **Talibat el Talaba** », Qadis-Khan surnommé el mojtahid pour s'être adonné à la libre réflexion dans ses recherches juridiques, particulièrement dans ses commentaires sur Chaybani.

En droit Malékite, l'expansion de ce courant en Espagne lui a donné une nouvelle configuration ; cette école à l'instar des autres a vu éclore nombre de penseurs juridiques tels que en Qarfi qui dans son ouvrage **Al -Furq** a été le premier à se consacrer aux études comparatives, Ibn-Tumert qui a résumé le muwatta de Malik Ibn Rochd, **Al- Muquadimat**.

En droit chaféite, le résumé de Al- **Chirazi Al-Muhaddab** constitue encore un ouvrage de référence en droit chaféite, sans oublier Al-Ghazali **AL- Wadjiz** **source classique du droit chaféite**.

En droit hanbalite, l'ouvrage qui constitue la source classique de ce droit est celui de Ibn-Qudama **Al-Mughni**.

#### **d- L'époque postclassique :**

Pour nombre d'auteurs cette période se caractérise par une baisse de l'effort en raison de l'abolition par idjma consensus de la liberté d'émettre une analyse personnelle, cette époque se caractérise par la transmission du corpus juridique aux générations de docteurs en droit léguée par les compilateurs, avec l'admission dans certains cas similaires à émettre un avis c'est-à-dire appliquer des solutions analogues aux mêmes cas, la caractéristique principale qui distingue les ouvrages postclassiques de ceux qui la précèdent, réside dans la

---

<sup>1</sup> H. Vandeveld, Cours D'Histoire du droit musulman et des institutions musulmanes, OPU, Alger, 1983.

rupture avec les compilations premières et la recherche de solutions à l'intérieur de l'époque classique.

A cette étape historique, chaque école aura une production juridique singulière. Pour les hanafites le corpus littéraire de l'époque se divise en trois groupes.

Le premier est celui des Marghinani qui a commenté son propre ouvrage appelé **El-Hidaya**. Le second groupe est celui qui s'est rassemblé autour de l'ouvrage **Al-Kenz, et de Nazafi**. Ce groupe est particulièrement représenté par **Aal-Zayali'i**. Le dernier et troisième groupe s'est formé autour de **Tanwir** de Al-Ghazzi qui a été commenté par Al-Hssaki. Il est à noter que ses groupes ne constituent pas la totalité des penseurs de l'époque, nous pouvons citer parmi eux, Al-Halabi **Multaqa al-Abhur**, mais aussi Ibn-al-Bazzaz, mais aussi l'un des ouvrages les plus importants en matière de droit comparé de cette période, celui de Ibn-Nudjaym **AL-Achbar**.

Concernant les malékites, les ouvrages les plus représentatifs de cette époque sont : Ibn-Djuzay **Al Quawanin-El Fiqhiyya**, Sidi Khalil **Mukhtasar**, ces auteurs ont mis l'accent sur la pratique et sont issus pour la majorité d'Afrique du Nord, alors qu'il est né à Médine, raison pour laquelle les pays d'Afrique du nord sont à majorité malékites. En droit chaféite, un groupe s'est constitué à partir de l'ouvrage d'Ibn-Hajar et d'El-Ramli **Minhadj** ; cette école a également connu ses spécialistes en droit comparé tels que Al-Suyuti **Al-Achbah**, la question de la procédure a été traitée par Al-Burzali en ce qui concerne les actes<sup>1</sup>. En droit hanbalite, le traité de Al-Maqdisi qui constitue un commentaire de Mughni d'Ibn – Qudam, il est à noter que des modernistes ont fait leurs apparitions à cette époque, comme Ibn-Taymiya et Ibn-Qayyim al-Djawziyya.

#### **e- L'époque moderne :**

Le début de cette période commence par la mise en place des Ottomans de codes adaptés à des situations bien déterminées en matière administrative et pénale, codes qui respectaient le fond religieux Qanun-nameh promulgués par les sultans ottomans qui avait à l'époque la main mise sur la quasi-totalité des pays du Moyen-Orient.

En 1869, on voit l'apparition du premier code civil musulman puis du deuxième en 1976, ils furent appelés Majallah, inspirés particulièrement par la doctrine hanafite et appliqués à la quasi majorité des pays du Moyen-Orient. Les juges étaient tenus de rendre

leurs sentences conformément au code et non pas comme celà se faisait dans le passé où ils puisaient des solutions dans la doctrine, c'est en quelque sorte la naissance du pouvoir législatif musulman , il est à noter que les autres branches du droit ne figurent pas dans ces codes, c'est la raison pour laquelle il fut emprunté au droit occidental, les autres branches du droit, avec pour seule exception, le Code de la famille laissé au droit musulman. Le travail de l' ijtihad va donc être cantonné aux affaires familiales, d'où la parution du premier code de la famille musulman par le sultan Ottoman juste avant la dislocation de l'empire en 1917, qui va apporter des solutions aux besoins de la société musulman moderne tout en respectant la religion, en introduisant ce que l'on pourrait appeler le pluralisme de la doctrine, à savoir trouver des réponses aux questionnements en s'appuyant sur les différentes écoles qui constituent la doctrine musulmane « *talfik* »<sup>1</sup>.

Signalons, que lorsque le législateur musulman voulait introduire des solutions nouvelles, il avait trouvé la stratégie suivante : ne pouvant contredire la solution traditionnelle ouvertement, il trouvait des solutions subterfuges afin de moderniser sa législation comme l'exemple de l'Égypte qui, pour empêcher les mariages précoces, ne pouvant pas s'y opposer ouvertement, a interdit au juge de se saisir d'une action où les parties n'avaient pas l'âge considéré comme atteint pour se marier ; celà signifie que toutes les actions émanant de ce mariage seront irrecevables, et celà sans que le mariage ne soit frappé de nullité. Ces stratégies ne sont pas propres à l'Égypte, elles se sont généralisées dans la majorité des pays musulmans particulièrement en Afrique du Nord tels que le Maroc ou l'Algérie, beaucoup moins en Arabie Saoudite et en Afrique noire.

IL y eut deux importants changements d'orientation dans l'histoire de la loi islamique. L'un fut l'introduction, à une époque reculée d'une théorie juridique qui ne se limitait pas d'ignorer, mais niait l'existence dans la loi de tous les éléments qui, n'étant pas islamiques au sens le plus strict, et qui limitaient les sources matérielles au Coran et à l'exemple du prophète. L'autre qui a débuté seulement au siècle actuel, est la une législation moderniste promulguée par les gouvernements islamiques contemporains, qui ne s'en tiennent pas de restreindre le domaine d'application pratique de la loi sacrée, mais intervient dans la forme traditionnelle de la loi elle-même. Une fois de plus, cette intervention n'a pas l'aspect d'une

---

<sup>1</sup>S. Aldeeb Abu-sahlieh, Introduction au droit musulman : Fondement sources et principes, centre de droit Arabe et Musulman, 2012, Paris. 39

lutte entre des organisations opposées ; elle ne s'exprime pas en termes de remplacement de la loi sacrée par une autre moderniste, mais au renouvellement de sa forme traditionnelle.<sup>1</sup>

La loi islamique naquit et se développa dans un contexte politique et administratif varié. La vie du prophète fut exceptionnelle à ce point de vue. Elle fut suivie par la période agitée des califes de Médine. Le gouvernement des Omeyyades, la première dynastie de l'islam représentait, à bien des points de vue, l'aboutissement de tendances qui étaient inhérentes à la nature de la communauté des Musulmans sous le prophète. Sous leurs règnes, les cadres d'une nouvelle société arabo-islamique furent créés et, au sein de cette société, un nouveau mode d'administration de la justice, une jurisprudence islamique, et donc la loi islamique elle-même virent le jour. Les Omeyyades furent renversés par les Abbassides, et ceux-ci tentèrent de faire de la loi islamique qui était encore en formation, la seule loi de l'État. Ils y réussirent dans la mesure où les cadis furent désormais astreints à appliquer la loi sacrée, mais ils ne réussirent pas à faire durablement coïncider théorie et pratique, pouvoir politique et loi sacrée. Il en résulta un démembrement progressif de l'Empire islamique, auquel il est difficile de fixer des dates précises. La loi islamique profita alors de son éloignement du pouvoir politique ; elle maintint sa stabilité et fournit même le principal lien unitaire dans un monde musulman divisé. La période moderne, au sens occidental du terme, vit le développement de deux grands états musulmans sur les ruines de l'ordre antérieur : l'empire ottoman au Moyen-Orient et l'empire mogol en Inde ; à l'époque de leur apogée (à tous deux), la loi islamique atteint le plus haut degré d'efficacité réelle qu'elle eut jamais connue dans une société jouissant d'une civilisation matérielle développée, depuis la période des premiers Abbassides. La symbiose, à l'aube de la domination politique occidentale, de la loi islamique et du droit occidental dans l'Inde britannique et en Algérie produisit deux systèmes légaux autonomes, la loi anglo-musulmane et le droit musulman algérien. Finalement, l'influence des idées politiques occidentales au Moyen-Orient a provoqué, en notre siècle, un effort de législation moderne sans précédent.

Quoique la loi islamique soit une loi sacrée, elle n'est en aucune manière irrationnelle. Elle est le fruit d'une interprétation rationnelle et méthodique et les normes religieuses ou les règles morales qui furent introduites dans le contenu juridique fournirent le cadre de sa cohésion interne. Par contre, son caractère juridique formel est peu développé ; elle vise à fournir des normes concrètes et matérielles et non à imposer des règles formelles au jeu des intérêts opposés. Par conséquent, elle ne s'est pas prêtée facilement aux traitements

---

techniques qui lui furent prodigués par des juristes modernes dans la majorité des états musulmans contemporains. Elle possède un caractère privé et personnel marqué, elle est en dernière analyse, la somme totale des droits et des devoirs de chaque individu. La loi islamique est un exemple extrême d'un droit de juriste, elle fut créée et développée par des spécialistes indépendants. C'est la science juridique et non pas l'état qui assumait le rôle de législateur. Cela fut possible parce que la loi islamique avait pour base l'autorité divine.

Aucune des distinctions systématiques modernes entre droit privé et droit public<sup>1</sup>, entre droit pénal et droit civil ou droit positif. La procédure n'existe pas à l'intérieur du droit religieux de l'Islam. Il n'y a même pas de séparation nette entre le culte, la morale et le droit proprement dit. Cela dit, il existe des distinctions entre le droit ou revendication d'Allah et la revendication privée qui est propre à certains domaines du droit pénal.<sup>2</sup>

Comment et dans quelle mesure un système de normes juridiques, élaboré au cours des premiers siècles de l'islam, peut avoir vocation à régir tout ou une partie des relations sociales des peuples ?

### 1.3 Le rôle prégnant du fiqh

La charia, dans son sens religieux aussi bien qu'au sens juridique représente la vie pour les sociétés<sup>3</sup>. Il est à noter que cette dernière est apparue dans le livre sacré, de ce fait avant le fiqh<sup>4</sup> qui est défini comme étant la déduction des lois islamiques à partir du contenu de ses sources, la définition de la charia englobe donc celle du fiqh qui représente une partie de l'ensemble que constitue cette dernière, dans le sens où la charia apparaît comme l'ensemble des lois issues du Coran et de la sunna alors que le fiqh est défini comme étant les lois déduites par la charia afin de répondre à des situations spécifiques, de ce fait il s'adapte aux situations qui se posent à lui, avec la particularité d'être flexible, se conforment et répondant à des problématiques de la vie en société contrairement à la charia qui est plus globale.

a- La charia : une source supplétive :

La charia semble être difficile à cerner tant elle varie au gré des interprétations multiples et variées. A tel point que la majorité de notre échantillon n'est pas parvenu à

---

<sup>1</sup> Ch. chehata, Etudes de droit musulman, Presse universitaire de France, Paris, 1971.

<sup>2</sup> J. Schacht, Introduction au droit musulman, Edition Maisonneuve et Larousse, France, 1983.

<sup>3</sup> B. Botiveau, Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Karthala, 1993, Paris, p58.

<sup>4</sup> بلحاج العربي, المدخل لدراسة التشريع الإسلامي, ديوان المطبوعات الجامعية, وهران, 1992.

donner une définition claire à cette dernière, et ceci tout niveaux intellectuels confondus. La réponse que nous avons le plus souvent entendu, comme c'est le cas pour Ahmed, est la suivante : *' la charia est le droit religieux et il se trouve dans un livre, ce dernier traite et apporte des réponses à toutes les situations auxquelles le croyant peut être confronté dans son quotidien'*. Il est à noter que 70% de notre échantillon est du même avis, à savoir qu'il pense que la charia est un ouvrage fait et pensé par les foukahas de l'islam ayant comme inspiration le Coran et la sunna. Quant aux autres personnes interrogées, 20% n'ont pas pu donner de réponse et sont restés très vagues en déclarant ne s'être jamais posé la question de savoir ce qui constitue la charia. 15 % déclarent qu'elles constituent diverses normes et règles religieuses qui varient en fonction des écoles et des courants. Les 5% restant n'ont pas souhaité donner de réponse.

Il semble donc clair que la charia en tant qu'objet de recherche, est déjà difficile à cerner au sein de la communauté en charge de l'étudier, la difficulté est encore plus grande au sein de la société, où se mêlent ignorance sur le sujet et tentative de paraître lettré dans ce domaine, en raison du fait que l'enjeu religieux dans nos sociétés est d'une importance indéniable. Cette situation donne donc lieu à toutes les dérives, car les personnes s'instituent théologiens de l'islam, alors qu'ils ont très peu ou pas du tout de connaissance en la matière.

#### b- Le fiqh : Diversité des modes d'interprétations :

Le fiqh est une science sacrée qui a pris tout son essor après la conquête byzantine, les arabes musulmans ont commencé à partir de ce moment à produire un ensemble de connaissances rationnellement organisées. Cette science ne puise pas sa matière uniquement dans les sources fondamentales de l'Islam (Coran, Sunna), mais également dans des procédés techniques (qiyas), de ce fait le fiqh a deux versants, l'un énonciatif et l'autre déductif<sup>1</sup>. Il est à noter que la déduction a longtemps défini le fiqh à ses premières heures (ray) ; il se détermine également comme étant la science de l'intelligence et de la compréhension (d'un discours)

Le fiqh est défini par Abu Hanifa comme étant « La connaissance que l'homme a de ce qui est pour lui et contre lui ». C'est-à-dire la connaissance des récompenses et des peines spirituelles ». Il a également la connaissance de ce qui est permis ou interdit à un homme de

---

<sup>1</sup> H. Bleuchot, Droit Musulman, Presse Universitaires D'Aix- Marseille, 2000.

faire. Il s'agit donc d'une science des droits.<sup>1</sup> Ghazali, quant à lui, l'assimile à la science des normes juridiques, il est aussi caractérisé comme la connaissance des lois révélées ou établies par la réflexion, l'analyse, et la concertation des spécialistes en la matière et déduites des sources.

Le droit musulman, tel qu'il se présente, à l'heure actuelle est le résultat de l'activité soutenue au sein de lignées de juristes dispersées sur plus d'un point du vaste monde musulman.<sup>2</sup> Partout en Islam, se rencontrent à peu près les mêmes dispositions canoniques, relatives à la famille et à son organisation patrimoniale, il n'existe aucun système général pour toutes les contrées. De même que la communauté islamique a fait place à une pluralité de sociétés musulmanes, ainsi le droit islamique a cédé le pas à des droits musulmans<sup>3</sup>. Certes le juridique reste toujours tributaire d'une conception métaphysique du monde, mais le prophète étant mort trop tôt, le jurisme institutionnel de base *fiqh*, ou la loi qu'il a laissé en héritage formait une donnée très insuffisamment développée, à laquelle ont dû s'ajouter des apports spécifiques comme les coutumes, la jurisprudence, les ordonnances des califes, ces éléments endogènes ainsi qu'exogènes ont dénaturé la règle initiale et produit une infinité d'œuvres d'interprétation ne reflétant pas toujours des valeurs scientifiquement objectives.

Étant donné l'étendue de la communauté islamique et la diversité des peuples qui en font partie, il est évident que le droit de l'Islam ne peut être identique dans tous ces pays, il est également certain qu'un système juridique qui compte 13 siècles d'existence a évolué depuis l'origine. Le droit dans les pays qui se réfèrent à l'Islam présente cette caractéristique de réunir des dispositions de date récente et d'autres remontant aux premiers siècles de l'Hégire

La loi Islamique n'a donc jamais été uniforme, et cela à aucun moment de son évolution comme nous avons pu le démontrer. Dès l'origine, le contenu juridique dont elle fut tirée variait selon les lieux, et les différences entre les écoles juridiques, certaine perpétuait ce qu'elles avaient hérité des précédentes et d'autres au contraire apportaient de nouveaux principes et méthodes de raisonnement juridique, c'est ainsi que les ibadites et les chiites produisirent leur propre système juridique différent, émis par les écoles sunnites actuelles.

Il est à noter que le droit islamique ne constitue pas à l'heure d'aujourd'hui une source de législation et cela pour la majorité des pays musulmans, exception faite bien sûr du code de la famille qui fut le plus souvent traité à part dans les facultés de droit du monde

---

<sup>1</sup> M. Flory et J-R Henry, L'enseignement du droit musulman, Centre national de la recherche scientifique, Paris, 1989.

<sup>2</sup> Ch. Chehata, Etudes de droit musulman, Presse universitaire de France, Paris, 1971.

<sup>3</sup> R. Charles, Le droit musulman, Presse universitaire de France, Paris, 1965.

arabe. Cette autonomie était renforcée par le fait que le petit nombre de normes juridiques sanctionnées par le Coran et par la Sunna concernait avant tout cette partie du droit. Les principaux cas d'incompatibilité du fiqh classique avec la plupart des systèmes juridiques contemporains concernent : la répudiation, la polygamie, l'inégalité de l'homme et de la femme dans le partage successoral, l'impossibilité pour une femme musulmane d'épouser un non-musulman, autant d'obstacles à l'affirmation d'une conception unitaire de la loi<sup>1</sup>.

Les différentes écoles juridiques dans lesquelles cette diversité de doctrine s'est cristallisée sont considérées comme des aspects différents mais indissociables de la même unité<sup>2</sup>.

L'islam sunnite a vu l'émergence des quatre écoles « école originelle » Madahib, à leurs apparitions, chacune d'elles était satisfaite de l'impact qu'elle avait sur sa localité et s'accommodait des différences avec les autres, cela même si elles étaient en compétition.

Avec l'avènement des Abbassides ce fut la première fois que fut créée une organisation de l'État et de la société de façon structurée et logiquement réalisée et inspirée du religieux. Commença alors une féroce rivalité entre les écoles et plus particulièrement entre les hanafites et chaféites, chacune tente d'imposer sa vision des choses et son raisonnement et cela non seulement dans sa localité mais aussi en dehors, débuta alors un processus qui eut pour finalité d'engendrer des questions de l'intolérance et beaucoup de polémique<sup>3</sup>.

Il est à noter que la création de l'empire des Abbassides à l'idéologie hanafite a fait que cette école a pris de l'ampleur à ce moment donné et ceci en raison de la nomination de nombreux cadis issus de cette doctrine, à des postes judiciaires, cependant nombre de ces derniers avaient quelquefois opté pour des solutions empruntées aux autres écoles, ce qui eut pour conséquence d'être mal vus par les autorités de l'époque, comme cela a été le cas pour Ismail ibn-al-Yasa premier cadi à avoir appliqué le droit hanafite en Égypte et qui fut révoqué malgré le respect qu'il inspirait.

Débuta alors une longue période de compétitions et d'affrontements entre les différentes écoles, chacune tentant d'imposer son idéologie et sa doctrine par la force. Cette profonde rivalité se faisait au détriment des plaignants, l'un des exemples est celui de « la

---

<sup>1</sup> B. Botiveau, Loi islamique dans les sociétés arabes, Karthala, France, 1993.

<sup>2</sup> N.Coulson, Histoire du droit hislamique, Presse universitaire de France, Paris, 1995.

<sup>3</sup> H. Bleuchot, Droit Musulman, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, Marseille, 2000, p114.

maison de l'éléphant » qui fut l'une des premières préoccupations des cadis de l'Égypte qui a consisté à savoir si oui ou non dans un règlement familial, le mot « décédant » incluait les plaignants issus de la fille du constituant, la réponse diffère pour chaque courant ; pour les hanafites le mot « décédant » inclut naturellement les enfants de la fille, pour les Malékites en revanche, c'est la parenté par agnation qui domine. Commence alors une bataille juridique pour les plaignants, rejetée par le cadi malikite Harun en 835, puis validée en 836 par un cadi hanafite pour être invalidée en 859, pour finalement l'annulation de l'invalidation par une commission réunie par le kalif de l'époque à la demande des plaignants.

L'élément qui a constitué le plus de désaccords entre les différentes écoles était très certainement leur degré d'acceptation des sources supplémentaires du droit, ainsi que le caractère local de la doctrine.

Les divergences, *ikhtilaf*, entre ces écoles sont principalement d'ordre socio-économique : deux exemples développés par Brunschvic ; le premier concerne le paiement de la *diya* par le groupe des parents d'un meurtrier, en cas de meurtre non intentionnel. Marque de la solidarité chez les populations arabes, ce caractère est resté dans les écoles malékite et chaféite, qui ont des attaches directes avec le Hijaz ; d'après ces deux écoles, ceux sont les agnats (parents par l'homme) qui continuent toujours à être chargés de ce paiement. Avec l'école hanafite en Iran, cette notion se transforme et c'est de préférence les compagnons d'armes, marchant sur le même registre de solde militaire qui en seront chargés ; ou bien, s'il s'agit d'un commerçant, les artisans commerçants du même souk ; la solidarité, est devenue effective, pour les hanafites. C'est là, une conséquence évidente de changements sociaux profonds.

L'autre exemple, a trait à l'égalité de conditions exigées et requises entre époux ; l'école hanéfite reconnaît une hiérarchisation de la société, contrairement au malékisme demeuré assez égalitaire : les hanafites reconnaissent, au sommet de la société, la tribu puis les membres des autres tribus et enfin les clients, *mawali*, qui ne deviennent égaux pour eux,

qu'à leur troisième génération dans l'islam cela souligne un climat social différent de celui de l'Arabie et qui suppose une société plus différenciée, plus fortement étatisée<sup>1</sup>.

Le développement de la science théorique du droit mettra un frein aux conflits entre les écoles, en acceptant le schéma fondamental des *usul* ( اصول ) ou sources du droit en créant une identité ratifiée par la doctrine classique de l'*ijmaa*. Pour Al-Sharani le mot le plus adapté est la « latitude d'interprétation » plutôt que « divergences ». Car aussi différentes que pouvaient paraître les écoles du point de vue de leurs doctrines mais aussi de leurs pratiques, elles partageaient les mêmes fondements philosophiques juridique islamique, et les sources communes.

#### 1.4. Le droit de la famille dans la sphère juridique algérienne

La définition du droit proposée par la plupart des ouvrages est, toujours la même : un ensemble de normes ou de règles obligatoires et officiellement sanctionnées par lesquelles sont organisés les rapports entre les personnes vivant en société.<sup>2</sup> La règle de droit serait donc une directive de conduite humaine ayant pour objet de prescrire, prohiber ou permettre une action, et la sanction serait ses caractéristiques essentielles.<sup>3</sup>

Il est clair que le *fiqh* ne répond pas dans sa totalité à ce double critère de la juridicité. D'abord, parce que les règles qu'il expose ne concernent pas exclusivement les rapports entre les personnes : toute la partie consacrée au rituel (*ibadat*) ne peut être considérée comme du droit, au sens que l'on donne à ce mot dans les systèmes juridiques laïcs. Ensuite parce que le *fiqh* a des catégories juridiques qui paraissent, de prime abord contradictoire avec la définition classique du droit.

Le juriste s'interroge par rapport à sa propre définition de la règle de droit et ne reconnaît pas le caractère de la juridicité aux dispositions du droit musulman qui ne présentent pas la double caractéristique de l'obligatorité et de la sanction<sup>4</sup>. En réalité, si l'on veut définir la règle de droit comme une norme sanctionnée, cette sanction signifie avant tout, prise en compte formelle, de telle sorte que, si le droit est toujours sanctionné, il n'est pas toujours assorti d'une mesure répressive et coercitive ; la règle de droit est essentiellement un modèle idéal plutôt qu'un modèle matériel, c'est-à-dire un terme de référence permettant de déterminer

---

<sup>1</sup> Considération sociologiques sur le droit musulman ancien, in *studia islamica*, 1955.

<sup>2</sup> A. Hanoteau et A. Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, Paris, 1872-1873.

<sup>3</sup> Op cite Hanoteau et Letourneux

<sup>4</sup> E. Nores, *essai de la codification du droit musulman Algérien*, Alger, 1909.

dans chaque cas concret réunissant ses conditions d'application comment les choses doivent être.<sup>1</sup>

Lorsque le besoin d'adapter le droit musulman à la société en évolution, des moyens ont été trouvés pour consacrer, sans porter atteinte au droit, les solutions qui s'imposaient. Tel pays redonna vigueur à la coutume ancestrale, tel autre, faisant partie de l'empire ottoman fut, en fait régi par des règlements administratifs (quanun). Ailleurs, beaucoup plus tard, de larges emprunts furent faits aux législations occidentales. Nulle part toutefois, le droit musulman ne disparut complètement. Le domaine que le droit musulman a toujours et partout conservé est celui du statut personnel, les autres matières, en règle générale lui échappèrent, étant précisé que cette répartition a pu varier d'un pays à un autre, et d'une époque à une autre.<sup>2</sup>Faut-il alors en conclure qu'en raison des domaines abandonnés par la loi musulmane, celle-ci n'eut désormais aucune positivité ?

En fait, ce n'est pas parce que le droit n'est pas suivi par les individus ni appliqué par les tribunaux qu'il n'exerce pas sur les uns et les autres une influence considérable. Le résultat est qu'il n'y a pas un droit musulman mais des droits musulmans : des états progressistes comme des états conservateurs peuvent, en toute sincérité, s'y référer sans pour autant adopter les mêmes solutions. Nous allons à présent nous intéresser à la place occupée par le droit musulman dans la législation algérienne.

#### a- Place du « droit musulman » dans la législation algérienne :

Le droit algérien à l'instar des autres pays se définit comme étant la détermination des conditions dans lesquelles les citoyens ont des droits ou des obligations<sup>3</sup>. Il se présente comme un droit fortement sécularisé et ceci, entre autre, en raison de son histoire coloniale. Le seul secteur qui a une attache avec le droit musulman<sup>4</sup> est le code de la famille, qui fait toujours l'objet de nombreuses controverses.

---

<sup>1</sup> V. Meysonnasse, Code civil musulman suivant le cadre du code civil, Rite Melkites, Paris, 1898.

<sup>2</sup> N. Bouderbala, La loi musulmane et le changement social, Revue juridique politique et économique du Maroc 1980.

<sup>3</sup> P.Delnoy, Eléments et méthodologie juridique, Larcier, Bruxelles, 2006, P62.

<sup>4</sup> Le droit musulman est une notion discutée car invention de l'historiographie coloniale selon C.Botems la notion de droit musulman est abandonnée cédant la place à la charia. La colonisation a donné le qualificatif de droit musulman n'étant pas du droit positif. Ceux qui l'ont intégré dans leurs raisonnements n'ont pas remis en cause le contexte dans le quel est né le droit musulman. Claude Botems, Le droit musulman Algérien à l'époque coloniale, slatkine Eruditio, Genève, 2014.

L'essentiel des dispositions de ce texte s'inspire du droit musulman, mais pas uniquement, ce qui est néanmoins la cause des divergences de point de vue tant entre les juristes qui sont aussi des citoyens qu'entre les citoyens, qui ignorent tout (ou presque) du droit en général et du droit musulman en particulier.

Pour les uns, le fait d'adopter un code de la famille à partir du fond doctrinal musulman, n'est que la traduction en termes juridiques de la représentation que se fait la société algérienne particulièrement attachée à sa religion qui constitue, selon elle, son identité. Il est donc logique, de ce point de vue, de refuser un code élaboré à partir de valeurs, de principes et de règles culturellement et historiquement produits par la société de l'Europe occidentale (qui de surcroît est colonisatrice). Ce serait même un non-sens au regard des valeurs et des principes moraux de la société algérienne foncièrement musulmane et dont le droit en matière familiale s'appuie essentiellement et majoritairement sur la doctrine malékite et pour une minorité culturellement importante sur l'ibadisme. Le droit de la famille est de ce fait un domaine qui est sous la prégnance de l'idéologie et des rapports de force et ceci en mettant en corrélation deux règles diamétralement différentes, l'une étant formelle (Le droit)<sup>1</sup> et l'autre ayant la particularité d'être informelle (la charia)<sup>2</sup>. Il est à noter que malgré cela le code de la famille algérien, est considéré, comme étant du droit et ceci en raison de son mode d'élaboration par les organes législatifs, commun à tous les textes juridiques mais avec la particularité d'avoir une empreinte religieuse comme le rappelle l'article 222<sup>3</sup> du code de la famille.

Il est à constater que les règles de droit concernant la famille peuvent rendre le texte religieux ineffectif, comme c'est le cas de la Fatiha l'article 6<sup>4</sup> donne une grande importance à l'acte civil du mariage retirant ainsi à cette dernière toute légitimité juridique si elle ne s'accompagne pas de ce dernier. Ceci s'explique par la différence fondamentale entre le droit positif et le droit religieux, d'abord une différence de nature, le premier est fondé sur l'adhésion cela signifie qu'il est appliqué aux individus d'emblée sans leur donner le choix, il est de ce fait imposé, le deuxième quant à lui est basé sur la foi.

Les règles religieuses, regroupent un ensemble de croyances et de pratiques culturelles propres à une religion, fondées sur des commandements édictés par Dieu, cette

---

<sup>1</sup> La volonté du législateur aux sujets de droit, par le biais d'un code commun utilisé dans un certain contexte. Son contenu est illustré sous la forme d'un ordre ou d'une permission c'est-à-dire l'énoncé dans le quelle les citoyens ont des droits ou des obligations, et la manière avec la quelle ils peuvent revendiquer leurs droit et les faire respecter. F.Ouabri, Etude du droit objectif et des droits subjectifs à la lumière de la législation Algérienne, OPU, Alger, 2018, p9.

<sup>2</sup> Pour un grand nombre de penseur de la période classique ce mot est particulièrement inconnaisable Robert Gleave, La charia dans l'histoire : ijtihad, épistémologie et « tradition classique », La découverte, Paris, 2012, p23.

<sup>3</sup> En l'absence d'une disposition dans la présente loi. Il est fait référence aux dispositions de la charia.

<sup>4</sup> Article 6 : « ...La Fatiha concomitante aux fiançailles, en séance contractuelle, constitue un mariage... »

dernière a pour finalité le salut de l'homme. Les sanctions religieuses, ne mettent en cause que l'homme, avec ses relations avec Dieu. En effet être récompensé ou puni par le Tout-Puissant ne se faisant qu'après la mort de l'individu par le paradis ou l'enfer. Les règles de droit, quant à elles, se caractérisent comme ayant pour finalité d'assurer l'ordre social, les sanctions sont d'ordre juridique et étatique.

Il existe également une différence dans les champs d'application ; la loi se veut générale et impersonnelle, cela signifie qu'elle est appliquée à toutes les personnes sans distinction contrairement au religieux, qui a la particularité d'être individuel, basé sur la croyance de l'individu. Le mode d'élaboration, également n'est pas le même, comme c'est le cas pour le droit positif qui émerge de plusieurs sources ne bénéficiant pas de la même importance, certaines sont écrites et directes, d'autres indirectes et non écrites, les unes formulées, les autres spontanées<sup>1</sup>.

Il est à conclure que chacune de ces lois a des effets relatifs sans aucune confusion, c'est l'approche idéologique de la question qui a tendance à confondre les fonctions de la règle de droit positif avec les fonctions de la règle religieuse. La constitution algérienne a établi deux régimes juridiques, le premier étant que l'Islam représente la religion de l'État article 2, le deuxième est représenté par l'article 42 qui établit clairement la liberté de culte pour tous les citoyens<sup>2</sup>. Le législateur algérien en faisant cela a pensé trouver une solution médiale entre ceux qui revendiquent le caractère islamique de l'État et ceux qui requièrent un caractère laïc, sauf que la religion a pour particularité de s'adresser uniquement aux personnes physiques contrairement au droit positif qui concerne aussi bien les personnes physiques que les personnes morales. Il est à conclure que l'on a voulu octroyer au droit, des prérogatives et à la religion des attributs qui ne sont pas de leurs domaines, de ce fait, on met en conflit, rationalité juridique et cohérence religieuse. Ceci a pour résultat un texte qui du point de vue religieux n'a plus la même signification. En effet le législateur a tenté d'intégrer un certain nombre de règles religieuses dans du droit positif, dans le but de trouver des compromis entre les différents courants qui composent la société algérienne<sup>3</sup>, car cette dernière n'est pas monolithique, <sup>4</sup>, s'y ajoute la nécessité de respecter les traités et conventions ratifiés par

---

<sup>1</sup> P.V Deumier, Le droit spontané : contribution à l'étude des source du droit, Thèse de doctorat, Université de Toulouse ; L.Gimalac, L'imagination est elle une source du droit ?, Revue de la recherche juridique, droit prospectif,p589.

<sup>2</sup> Article42 : « La liberté de conscience et la liberté d'opinion sont inviolables la liberté d'exercice du culte est garantie dans le respect de la loi. »

<sup>3</sup> Deux courants se sont affrontés d'un coté les progressistes et de l'autre les fondamentalistes. Les fondamentalistes œuvraient pour un code de la famille directement inspiré de la charia l'autre courant militait pour l'extension du décret en vigueur de 1959 ce qui signifiait mettre le religieux de coté. R.Babaji, M.N.Mahieddin, Fiqh et droit de la famille, Revue internationale de droit comparé, Paris, 1987.

<sup>4</sup> N. Mahieddin, L'année de Maghreb, l'évolution du droit de la famille en Algérie, CNRS, Paris, 2005-2006.

l'Algérie<sup>1</sup>, d'où la difficulté pour le législateur de produire de la matière juridique dans ce domaine précis en témoigne la durée de la production d'un code se spécialisant dans le domaine familial puis pour lui apporter des modifications, en résulte le constat suivant à savoir que le droit musulman n'est pas effectif, par contre il est rendu opposable (un moyen d'opposabilité des textes) cela signifie qu'aucun texte ne doit être en contradiction avec la charia.

#### b- Effet de la dualité des sources sur l'effectivité des normes

S'il y a généralement une concordance formelle, entre les normes internationales et la loi algérienne, en matière de droit constitutionnel ou économique, en revanche le code de la famille reste le domaine où l'idéologie a toute sa place donnant lieu à des incohérences en raison des rapports de force qui sont exercés. Il est à noter que l'on a tenté d'octroyer au droit et à la religion des prérogatives qui ne sont pas de leurs domaines, de ce fait on les met en conflit.

Nous pensons que la dualité normative serait une des causes à l'origine de la variabilité des décisions de justice et que la pratique du droit serait révélatrice de cette ambiguïté qui existe aujourd'hui en Algérie et qui est représentée par le code de la famille.

---

<sup>1</sup> M.Arkoun, Humanisme et Islam Combat et propositions, Vrin, Paris, 2005.

## **Chapitre2 : La singularité du code de la famille**

### **2.1 Définition de la norme juridique**

- a- Source de la norme juridique
- b- Les caractéristiques de la norme juridique (juridicité de la norme)

### **2.2 Distinction de la règle de droit et des autres règles sociales : entre complémentarité et différence**

- a- Distinction de la règle de droit et de la morale
- b- Distinction de la règle de droit et de la règle coutumière

### **2.3 Distinction entre la norme juridique et la norme religieuse : Une différence de nature et non de degrés**

- a- Distinction de la règle de droit et de la norme religieuse
- b-Difficulté de codification du religieux

## **Chapitre2 : La singularité du code de la famille**

La norme juridique se présente comme étant la détermination des conditions dans lesquelles les citoyens ont des droits ou des obligations, l'énoncé de la manière dont ils peuvent obtenir l'aide de l'État pour faire respecter leurs droits ou faire exécuter les obligations que d'autres personnes ont envers eux.<sup>1</sup> La norme est de ce fait un ensemble de règles qui détermine la façon dont doivent se dérouler les relations entre les individus dans la société, ainsi que la manière avec laquelle le pouvoir juridique doit s'exercer, tout en énonçant les sanctions en cas de déviance.

Selon Hart, il existe deux types de règles : les règles primaires et les règles secondaires<sup>2</sup>. Les règles primaires sont divisées en deux parties la première se charge d'imposer aux individus de rendre des services, ou d'apporter des contributions à la communauté, la deuxième quant à elle, se révèle aller dans le sens contraire en interdisant d'adopter un certain nombre de comportements. Mais un système juridique ne peut en aucun cas être performant s'il se contente de ces deux types de règles c'est la raison pour laquelle Hart a révélé l'existence de trois règles secondaires : les règles de reconnaissance, les règles de changement, et les règles de décisions. Cela permet à la norme d'être plus efficace et de s'inscrire dans une démarche évolutive par rapport à la société. Il est à noter qu'en marge de ces règles, il en existe d'autres appelées règles impératives et règles supplétives de volonté. Les premières s'attèlent à imposer au citoyen une certaine ligne de conduite à respecter sous peine de sanctions pénales ou civiles, la loi réprime donc toute déviance contraire aux textes, on retrouve ce type de texte particulièrement dans le droit pénal où la sanction se manifeste par une peine d'emprisonnement ou par une amende à l'image de l'article 242 du code algérien qui stipule que « *Quiconque, sans titre, s'immisce dans des fonctions publiques, civiles ou militaires ou accomplit un acte d'une fonctions, est puni d'emprisonnement d'un(1) an à cinq (5) ans et d'une amende de cent mille (100.000)DA....* »<sup>3</sup>. On trouve ce genre de texte particulièrement en droit public. Toutefois, il arrive aussi d'en trouver en droit privé, mais cela est moins fréquent et concerne les cas où le législateur est désireux de protéger certaines valeurs sociales essentielles comme l'article 124 modifié du code

---

<sup>1</sup> P.Delnoy, *Éléments et méthodologie juridique*, Larcier, Bruxelles, 2006, P62.

<sup>2</sup> H.L.A.Hart, *Le concept de droit*, Fac, université st louis, Bruxelles, 1976, p103.

<sup>3</sup> Code pénal Algérien.

civil algérien « *Tout acte quelconque de la personne qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* »<sup>1</sup> . En plus de cette classification on trouve également une division selon laquelle l'ordre public prime sur «les règles impératives » et d'autres qui ne le sont pas, « règles supplétives de volonté » comme c'est le cas pour des articles du code civil qui concernent les relations contractuelles « *Le contrat fait la loi des parties. Il ne peut être révoqué, ni modifié que de leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi* »<sup>2</sup>. Comme le reflète cet exemple, c'est essentiellement en droit privé que l'on retrouve ce genre de lois.

Pour conclure, nous ajouterons une dernière catégorie qui est celle des lois qui énoncent des définitions de concepts.

## **2.1 Définition de la norme juridique**

Le droit positif, signifie la règle de droit telle qu'elle existe à un moment donné dans un pays donné, c'est ainsi que le droit positif algérien est constitué d'un ensemble de règles juridiques existant à l'heure actuelle dans notre pays, c'est-à-dire que cette dernière doit être en adéquation avec la réalité sociale. Elle représente, bien entendu, la volonté du législateur aux sujets de droit, par le biais d'un code commun utilisé dans un certain contexte. Son contenu est toujours illustré sous la forme d'un ordre ou d'une permission c'est-à-dire l'énoncé dans lequel les citoyens ont des droits ou des obligations, et la manière avec laquelle ils peuvent revendiquer leurs droits et les faire respecter. De manière générale la norme détermine la façon dont doivent se dérouler les relations sociales, et comment doivent s'exercer les pouvoirs juridiques. Elle énonce également la sanction prévue en cas de non-respect de la règle.

### **a- Source de la norme juridique :**

La source signifie la manière dont prennent naissance les règles juridiques, à savoir l'organe ou la technique qui permet l'élaboration de la règle de droit<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Code civil Algérien.

<sup>2</sup> Article 106 du code civil.

<sup>3</sup> M.C.Salah Bey, Cours d'introduction à la science juridique, OPU, Alger, 1977.P27.

## **1. Les Sources matérielles :**

Ceux sont les sources historiques auxquelles remonte la création de la règle juridique. On fait la différence entre deux sortes de source :

### **a. Les sources formelles :**

En matière de sa provenance et de son application dans une situation donnée ce sont les cadres et les formes dans lesquels on trouve la règle de droit.

### **A- les sources principales :**

Le premier article du code civil algérien détermine les sources du droit civil et ses branches en stipulant : « *la loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions.*

*En absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et à défaut selon la coutume.*

*Le cas échéant, il a recours au droit naturel et aux règles de l'équité».*

### **1- La législation :**

C'est l'ensemble des textes juridiques écrits adoptés par le pouvoir législatif principal (parlement) et exceptionnel (l'exécutif) de l'État.

#### **a. La constitution :**

Représente l'ensemble des règles de droit déterminant la forme de l'état, les pouvoirs, leurs prérogatives et leurs rapports ainsi que les droits et les devoirs des citoyens.

b. Les traités internationaux : Cela représente les accords et les conventions internationales dont l'Algérie est signataire par le biais du Président de la République afin de conclure les accords, il est à noter que les traités ratifiés par le Président de République dans les conditions prévues par la constitution, sont supérieurs à la loi.

c. La loi : Elle représente le produit juridique émanant du parlement avec ses deux chambres l'assemblée populaire nationale APN et le conseil de la nation CN.

Il est à noter qu'il existe en droit algérien deux formes de loi :

1. La loi organique : La loi organique passe par des étapes d'élaboration différente de celle des lois ordinaires dans le sens où elle doit passer par des procédures particulières avant d'être promulguée car elle concerne des domaines ayant une grande importance comme c'est le cas pour le code de l'information ou pour le fonctionnement et l'organisation des pouvoirs

publics. Cette dernière exige l'adoption par la majorité absolue des députés et à celle des trois quarts des membres du conseil de la nation ; elle est soumise à un contrôle de conformité constitutionnel par le conseil constitutionnel et ceci avant l'étape du vote contrairement aux autres textes de lois

2. La loi ordinaire : Elle représente un acte législatif émanant de l'autorité publique et présentant un caractère général, impersonnel et obligatoire. Elle émane du parlement avec ses deux chambres selon une procédure établie par la constitution.

- L'adoption de la loi

L'initiative de la loi : L'initiative des lois appartient concurremment au Premier ministre et aux députés. Les propositions de lois, pour être recevables, sont déposées par vingt (20) députés, alors que les projets de lois sont présentés en Conseil des Ministres après avis du Conseil d'État puis déposés par le Premier ministre sur le bureau de l'assemblée populaire nationale.

Le vote de la loi : le vote se fait après la délibération de l'Assemblée Populaire Nationale et le Conseil de la Nation. En cas de désaccord, entre les deux chambres, une commission paritaire, constituée des membres des deux chambres pour essayer de trouver un consensus ou dans le cas contraire retirer ladite loi.

La promulgation de la loi : le Président de la République promulgue la loi dans un délai de trente (30) jours à compter de la date de sa remise.

Les ordonnances : En cas de vacance de l'assemblée populaire nationale ou dans les périodes d'intersession du parlement, le Président de la République peut légiférer par ordonnances, cette dernière n'est effective que si elle est adoptée plus tard par le parlement ; dans le cas contraire, elle est considérée comme caduque.

Le règlement : Un règlement est un acte législatif émanant d'une autorité autre que le Parlement, notamment du pouvoir exécutif,

Les décrets : Un décret est un acte exécutoire sous forme d'une décision écrite émanant du pouvoir exécutif, à portée générale ou individuelle pris par le Président de la République (les décrets présidentiels) ou par le Premier ministre (les décrets exécutifs) après l'accord du Président de la République et ceci dans le but d'exercer le pouvoir réglementaire.

L'arrêté : L'arrêté est défini comme une décision écrite exécutoire, prise en application d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance afin d'en fixer les détails d'exécution. Il constitue un acte administratif entrepris soit par une autorité ministérielle ou alors administrative. L'instruction: Elle détermine des règles de l'organisation et du fonctionnement des administrations publiques émanant des responsables administrateurs aux administrés subordonnés, de Président de République, de ministre, de wali, de directeur.

La circulaire : La circulaire est une instruction de services écrite, adressée par une autorité supérieure à des agents subordonnés en vertu de son pouvoir hiérarchique, elle est souvent de durée limitée.

Les principes du droit musulman : L'article 1 du code civil algérien cite les principes du droit musulman comme deuxième source après la loi, il se définit comme l'ensemble des règles émanant des différentes sources du droit musulman : les sources fondamentales le Coran, et la Sunna, les sources rationnelles Ijtihad, et le raisonnement par analogie et enfin les sources annexes Istislah et istishab.

- La coutume : la coutume se définit comme étant une pratique habituelle constituée de deux éléments complémentaires à savoir l'élément matériel qui se traduit par la conduite ou le comportement qui sont devenus habituels et l'élément psychologique qui signifie le sentiment que cette pratique ou ce comportement revêt un caractère obligatoire qui se constitue dans un groupe restreint, défini par une localisation géographique, ou par une profession. Il est à noter que le caractère obligatoire constitue la différence de l'usage ou de la tradition.

**4. Les sources subsidiaires :** Ce sont les sources d'interprétation de la règle juridique, elles ne créent pas le droit, mais elles donnent l'assistance à celui qui l'applique de forger correctement le sens visé par le législateur, et puis se prononcer selon à ce que de droit.

- La jurisprudence : désigne les décisions émanant des organes judiciaires rendues par les différentes juridictions de l'État (tribunaux, cours d'appel, cours administratives, cour suprême, conseil d'État), en statuant sur les litiges, elles mettent en place des modes d'interprétations pour l'application correcte et facile des règles juridiques.

- La doctrine : La doctrine signifie les opinions motivées de ceux qui s'abonnent au droit à savoir au sens large les juristes : professeur de droit, magistrats, avocats, praticiens du droit.

Elle regroupe l'ensemble des travaux, écrits et publiés, consacrés à l'étude du droit. Il est à noter que cette source de droit n'en est pas une, car elle peut participer à la création de la règle de droit mais sans pour autant détenir un pouvoir de décision.

- La distinction du droit privé et du droit public :

Il existe un grand nombre de divisions, de la norme juridique mais l'une des plus importantes est celle qui distingue le droit privé du droit public même si les frontières entre ses deux champs juridiques paraît clairement définie à savoir appartiennent au droit public les règles qui régissent les états entre eux (droit international public) ou les rapports entre les individus et les collectivités dont ils font partie (droit constitutionnel, droit administratif, etc.) et d'un autre côté un champ juridique qui gère les relations entre particuliers, comme c'est le cas pour le droit civil ou le droit commercial<sup>1</sup>. La réalité sur le plan pratique est bien différente des théories car il arrive constamment que des intérêts généraux soient imbriqués à des intérêts de personnes comme c'est le cas, par exemple, pour le droit civil bastion du droit privé qui, se voit pénétré de plus en plus d'éléments empruntés au droit public, ceci en raison d'intrusions de plus en plus nombreuses des collectivités dans les rapports entre particuliers. Cela se manifeste notamment en matière de contrat, cet exemple démontre bien que ces deux univers prétendument étrangers, sont étroitement liés l'un à l'autre et constituent deux aspects, rigoureusement complémentaires<sup>2</sup>. C'est ce que nous nous efforcerons de démontrer, encore plus en faisant l'énoncé des principales branches du droit public et du droit privé.

1. Les subdivisions du droit public : Le droit public est subdivisé en principales branches:

- Le droit constitutionnel : norme juridique suprême contient des règles qui gèrent l'organisation politique de l'état et son fonctionnement, les rapports des pouvoirs publics : chef de l'état, gouvernement, et parlement. Il correspond au système de gouvernement adopté par la société ; il rassemble les règles relatives à la forme de l'état, et à la participation du citoyen à l'exercice de son pouvoir et garantit les droits des citoyens et les libertés fondamentales.

---

<sup>1</sup> H.Lévy-Bruhl, Sociologie du droit, Presse universitaire de France, Paris, 1967, P8.

<sup>2</sup> JLAubert, Introduction au droit, Presse universitaire de France, Paris, 1979, P18.

- Le droit administratif : rassemble les règles qui définissent et organisent les administrations et les services publics agissant en tant que puissance publique, dans le cas contraire, lorsque les services publics revêtent une forme industrielle et commerciale qui a pour but de générer des bénéfices, c'est le droit privé qui prend en charge l'organisation de cette relation.

- Le droit pénal : branche du droit qui réunit l'ensemble des règles de conduite imposées socialement ; il détermine les actes, comportements, conduites antisociales qui mènent à une sanction pénale.

- le droit fiscal : contient l'ensemble des règles qui concernent les bénéfices et les dépenses de l'état et des administrations, il est constitué de l'ensemble des lois relatives aux impôts. Le droit fiscal et le droit privé sont très liés en raison du fait que le choix d'une activité de droit privé (forme d'une société commerciale, type de contrat à conclure) est souvent déterminé par des considérations fiscales décisives<sup>1</sup>.

## 2. Les subdivisions du droit privé : les principales branches sont les suivantes :

- Le droit civil : c'est l'ensemble des normes juridiques régissant les liens personnels ou patrimoniaux entre des personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales, de nature privée ou publique. Son objectif est de protéger les intérêts de la personne. Il représente la plus importante des branches de droit privé, à savoir, qu'il organise les rapports les plus quotidiens de la vie en société, tels que la propriété et les divers droits dont l'individu peut bénéficier à l'égard d'une chose ; les rapports d'obligation entre sujet de droit résultant du contrat ou de la responsabilité civile.

- Le droit de la famille : prend en charge les lois concernant l'organisation familiale dans ses aspects extrapatrimoniaux (mariage, divorce, filiation) comme dans ses conséquences patrimoniales (régimes matrimoniaux, successions). Il est à noter que dans de nombreux pays, le code de la famille appelé également code du statut personnel, fait partie intégrante du code civil comme c'est le cas de la France. Cependant en Algérie, ce n'est pas le cas en raison de la connotation religieuse de ce code inspiré de la charia.

---

<sup>1</sup> JLAubert, déjà cité, P21.

- Le droit commercial : prend en charge l'ensemble des règles relatives aux commerçants lors de l'exercice de leur profession. C'est-à-dire la réglementation en charge de l'exercice de l'activité commerciale. Elle est applicable aux commerçants ainsi qu'aux sociétés commerciales dont il définit les conditions de constitution et de fonctionnement.

### **b- Les caractéristiques de la norme juridique (juridicité de la norme :**

La norme juridique constitue un outil qui permet de réglementer la vie des individus dans la société. Cependant cette dernière ne représente pas l'unique outil, il en existe d'autres, telles que les règles religieuses, les règles sociales. Ce n'est pas le contenu de la règle de droit qui la caractérise, une règle sociale peut devenir juridique, et n'importe quelle règle juridique peut cesser d'être une loi. C'est dans ce cadre qu'il nous apparaît essentiel d'établir en quoi cette norme est-elle singulière et qu'est-ce qui fait cette singularité. La règle de droit doit répondre à quatre paramètres

#### 1- Caractère obligatoire :

Comme nous avons pu le voir dans la définition que fait Hart de la règle de droit, cette dernière est contraignante pour tous les citoyens. Ce qui signifie qu'ils sont dans l'obligation de la respecter, et cela en action ou en inaction et que cette exigence ne se manifeste pas de la même façon dans tous les textes de loi. Il faut de ce fait, distinguer deux catégories de règles obligatoires : les règles supplétives, interprétatives de volonté et les règles impératives.

Les règles supplétives : sont des règles qui ne s'appliquent que si les citoyens n'ont pas choisi une autre règle, ce qui veut dire que les citoyens peuvent écarter l'application de la règle supplétive. En revanche, les règles supplétives s'appliquent si les individus n'ont pas exprimé une volonté contraire, ceci veut dire que ces règles suppléent l'absence de volonté exprimée.

Les règles impératives : sont des règles qui s'imposent en toutes circonstances, *a contrario* des règles supplétives que l'on peut écarter d'un simple accord de volonté. Elles représentent des ordres auxquels les citoyens ne peuvent déroger, comme c'est le cas pour les règles d'ordre public considérées comme indispensables au maintien de l'ordre public, ce dernier est défini comme l'ensemble de règles considérées comme essentielles qui s'imposent

pour des raisons de moralité ou de sécurité dans les rapports sociaux. Progressivement, l'ordre public s'est élargi, et prend différentes formes, règles économiques, ordre public de santé, l'enjeu est de déterminer si on est en présence d'une règle impérative ou supplétive. Le législateur, de manière générale, ne précise pas si celle-ci est impérative ou supplétive, il appartient au juge confronté, de qualifier la règle en fonction de l'objectif de la loi : si ce dernier est la défense de l'ordre public, alors elle est impérative, si la finalité est individuelle alors la règle est supplétive.

Il est à noter que le caractère coercitif de la règle de droit, est lié au caractère obligatoire, le droit a un caractère coercitif .Cependant, il ne constitue pas le critère du caractère obligatoire de la norme. Celui-ci provient de l'opinion de la majorité au sein de la société comme le rappelle C. Larroumet « *Le sujet de droit sait qu'il doit agir de telle façon et non pas de telle autre façon. La contrainte provient des autres autant que de lui-même* »<sup>1</sup>

## 2- Caractère coercitif:

Cette caractéristique signifie que le non- respect de la règle entraîne inéluctablement une sanction par l'appareil de puissance publique (police, pouvoir judiciaire, agent d'exécution....). C'est la raison pour laquelle le caractère obligatoire serait pour beaucoup essentiel pour faire respecter la loi, car comment « pourrait-on être contraint de respecter une règle, sinon par la menace d'une sanction »<sup>2</sup>. Cette dernière peut prendre plusieurs formes à savoir qu'elle peut avoir pour objet de réparer les dommages causés comme c'est le cas pour un accident de la route où la victime est en droit de recevoir une indemnisation pour les préjudices qui lui ont été infligé ou dans le cas de non respect des clauses d'un contrat par une des deux parties, l'autre partie est en droit de réclamer des dommages et intérêts pour réparer les tords que peut entraîner un retard dans l'exécution du contrat par l'autre partie. Elle peut également constituer une sanction pénale par le paiement d'une amende lorsqu'il s'agit d'un simple délit ou d'une peine d'emprisonnement lorsque l'action constitue un crime. La sanction peut également prendre la forme d'une nullité pour sanctionner une irrégularité, comme elle peut constituer l'exercice direct d'un châtement, comme c'est le cas de la démolition d'une bâtisse qui ne serait pas conforme à la loi.

---

<sup>1</sup> C.Larroumet, droit civil, Economica, Tome1, 5<sup>e</sup>Edition, Paris, 2006, P26.

<sup>2</sup> C.Larroumet, déjà cité, P20.

### 3- Caractère général :

La règle se présente sous un aspect général et abstrait ce qui n'empêche pas qu'elle doit être précise afin de déterminer le champ de son application et la portée de ces mesures. Cette caractéristique de généralité constitue une garantie contre l'arbitraire afin que tous les individus soient égaux devant la loi, et qu'elle s'applique à tous, ce qui lui permet d'être objective et impersonnelle de telle sorte que la règle ne s'applique pas à une personne, mais plutôt à des personnes, qu'il s'agisse de tous les citoyens comme c'est le cas du code civil lors ce qu'il fixe l'âge de la majorité à 19 ans ou bien qu'il s'agisse d'un groupe distinct comme c'est le cas des nombreux articles du code de commerce qui s'adresse exclusivement aux commerçants. Cependant il peut arriver qu'une règle concerne une seule personne, parce qu'elle comporte une dérogation particulière comme c'est le cas de certains textes qui désignent le président de la république ou l'un de ses ministres.

Le caractère général de loi signifie également qu'elle s'applique à tous les actes d'une certaine catégorie comme c'est le cas pour les actes civils qui diffèrent des actes à caractère commercial. Il ne faut pas oublier également qu'une loi reste opérationnelle et donc obligatoirement applicable à l'ensemble du territoire national, tant que son abrogation n'est pas intervenue.

Il peut arriver que cette caractéristique de généralité ne soit pas de rigueur dans certains cas précis, et par le biais d'une dérogation particulière comme nous avons pu le voir pour les textes qui concernent certaines personnes, ou encore des lois qui concernent une période limitée comme par exemple les périodes de guerres, ou encore des textes qui ne doivent être appliqués que dans le cadre d'une collectivité territoriale comme c'est le cas pour les ordonnances prévoyant un programme spécial par une wilaya<sup>1</sup>.

### 4- Caractère permanent :

L'applicabilité de la règle de droit doit être constante durant son existence, c'est-à-dire du moment où la loi entre en vigueur à la date fixée ou à la date de sa publication dans le journal officiel. C'est à partir de ce moment précis, qu'elle devient imposable à l'égard

---

<sup>1</sup>M.C.Salah Bey, Cours d'introduction à la science juridique, OPU, Alger, 1977.P6

de tous, et ceci jusqu'à son abrogation ou son abandon en tant que règle de droit ; elle est posée par le législateur et se développe donc dans le temps. Il est à noter que c'est cette stabilité qui permet de renforcer la sécurité juridique (émane des textes) et la sécurité judiciaire (L'application de la loi connaît la jurisprudence).<sup>1</sup>

Nous venons à travers cet exposé de faire l'énoncé de ce qui caractérise la règle normative. Cependant, la question que l'on se pose à présent c'est de savoir si l'ensemble de ces particularités suffisent à distinguer les règles de droit des autres règles sociales ?

## **2.2 Distinction de la règle de droit et des autres règles sociales : entre complémentarité et différence**

Différencier ces domaines du droit s'avère particulièrement difficile, sachant que les normes des autres domaines sont régies par un jeu d'influence réciproque. Ainsi, même s'il paraît aisé de poser les critères de distinction de la règle de droit comme nous l'avons fait plus haut, il se révèle plus difficile de déterminer le champ d'action de chacune, compte tenu du fait que toutes les règles interagissent entre elles.

Il paraît donc judicieux, de se demander si la distinction à établir entre la règle de droit et les autres règles doit s'établir selon leur fondement, leur domaine ou encore leur sanction.

### **a- Distinction de la règle de droit et de la morale**

Il n'est pas rare que la morale soit décrite comme indissociable du droit, à savoir que le droit ne serait qu'une règle morale ayant seulement un caractère obligatoire sanctionné par la contrainte publique. Cependant, on ne peut s'empêcher de remarquer le caractère réducteur de cette définition à savoir que la différence se situe bien au-delà dans le sens où la morale recherche l'épanouissement spirituel de l'homme, le Droit recherche seulement l'ordre social. Dans le sens où le domaine de la morale est plus large que celui du Droit. La morale veut agir sur les consciences pour modifier sur les comportements, là où le Droit ne souhaite qu'organiser la vie en société en prenant les hommes tels qu'ils sont. La morale peut quand même intervenir dans le champ juridique sous l'étiquette des bonnes mœurs. Elle peut aussi intervenir sous la forme de l'éthique qui s'occupe des questions morales, liées à la vie de l'homme et à ses corollaires. Ainsi le Droit peut faire intervenir la morale, même dans ce cas la sanction de la règle de Droit et celle de la règle morale (punie par la mauvaise conscience) sont toujours

---

<sup>1</sup> [www.cours.de.droit.net](http://www.cours.de.droit.net).

différentes. Selon certains auteurs, comme Bentham, le droit serait totalement absorbé par la morale, c'est-à-dire que toutes les règles juridiques seraient aussi des règles morales, mais non l'inverse. À l'opposé, d'autres auteurs ont pensé que le droit et la morale n'auraient pas le même domaine et traiteraient ainsi de sujets radicalement différents. En réalité, ces deux explications sont excessives. Schématiquement, le droit et la morale peuvent être représentés par le chevauchement de deux cercles, donc par trois parties : la première partie contenant des règles morales n'ayant aucune traduction au plan juridique, la seconde contenant des règles à la fois juridiques et morales et la troisième contenant des règles exclusivement juridiques, dépourvues de toute connotation morale. On peut en conclure que si le droit et la morale entretiennent parfois des rapports étroits, il demeure entre eux un certain nombre de divergences qui expliquent qu'il s'agit de deux systèmes normatifs distincts, mais qui s'influencent l'un l'autre. Le contenu du droit varie selon les époques et les sociétés, il correspond au minimum d'obligation nécessaire à l'organisation sociale.

### **b- Distinction de la règle de droit et de la règle coutumière :**

Les règles d'usage, se caractérisent par le fait qu'elles prônent un certain nombre de principes de bien séance à l'intérieur de la société, c'est-à-dire des règles d'usage obligatoire pour les individus et sanctionné en cas de non-respect de ces dernières par un rejet social, leur fonction étant d'instaurer un certain ordre social, elles ont pour source une pratique répétée des sujets de droit qu'on pourrait appeler des habitudes<sup>1</sup>. Contrairement aux règles de droit qui sont assorties d'une sanction publique en cas de transgression. Cependant, il existe des relations étroites entre les deux normes à savoir que nombre de règles juridiques s'inspirent des usages locaux particulièrement dans le domaine commercial ; ils peuvent également revêtir une nature juridique en tant que coutume, et ils constituent également une source accessoire en cas d'absence de disposition légale<sup>2</sup>. Il arrive donc que le respect des règles d'usage soit imposé par le droit<sup>3</sup>.

Pour conclure ; ce qui distingue la règle de droit des autres, c'est qu'elle s'appuie sur la contrainte étatique, elle bénéficie pour cela du pouvoir de cette structure pour obtenir le respect de ses lois, tout en sachant, que l'état dispose du monopole de la force à

---

<sup>1</sup> J.Carbonnier, Droit civil : Introduction les personnes la famille, l'enfant, le couple, Quadrige, Paris, 1956, P16.

<sup>2</sup> Article 1 du code civil : « .....En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et, à défaut, selon la coutume.....».

<sup>3</sup> M.C.Salah Bey, Cours d'introduction à la science juridique, OPU, Alger, 1977.P15.

l'égard de celui qui ne respecte pas la règle de droit, car possédant des moyens de coercition. Partant de ce constat, pour que la règle de Droit soit appliquée il faut qu'un juge assure son respect, elle sera de fait la règle qui aura été sanctionnée par le juge. C'est lui qui dit ce qu'est la règle ; le droit objectif est pour cette raison constitué par l'ensemble des règles que le juge va énoncer pour justifier sa décision dans le but d'établir l'ordre social. Cependant la loi n'a pas à elle seule la capacité d'organiser la vie sociale, elle n'a d'ailleurs pas vocation à le faire. Tout l'enjeu du sujet est donc de montrer que bien qu'ayant des finalités différentes, les règles d'usages interviennent conjointement sur la vie sociale, mais de manière différente.

### **2.3 Distinction entre la norme juridique et la norme religieuse : une différence de nature et non de degrés**

#### **a- Distinction de la règle de droit et de la norme religieuse**

Les règles religieuses regroupent un ensemble de croyances et de pratiques culturelles propre à une religion fondé sur des commandements édictés par Dieu, avec pour finalité le salut de l'homme. Les sanctions religieuses quant à elles ne mettent en cause que l'homme dans le cadre de ses relations avec Dieu. Être récompensé ou puni par le Tout-Puissant ne se faisant qu'après la mort de l'individu, qui rejoindra le paradis ou l'enfer. Les règles de droit quant à elles se caractérisent comme nous avons pu le constater, comme ayant pour finalité d'organiser et d'assurer l'ordre social ; les sanctions sont d'ordre juridique et étatique.

Dans les sociétés anciennes, les règles juridiques et religieuses ne se distinguaient pas. aujourd'hui encore, les deux règles sont confondues et peuvent encore aujourd'hui constituer une source de législation comme c'est le cas pour le code de la famille algérien qui s'inspire nettement de la charia et dont les préceptes dépassent ce domaine juridique à savoir que dans notre pays l'Islam est reconnu comme religion d'État dans la Constitution<sup>1</sup> et le recours au religieux comme source accessoire du droit est clairement édicté par le code civil<sup>2</sup>. C'est cet élément qui a fait naître une dualité juridique au sein de la loi algérienne car il existe des domaines juridiques non concernés par le religieux et d'autres qui s'en inspirent clairement. Ceci se justifierait par le fait que les domaines non concernés ne seraient pas édictés par les préceptes religieux. Cependant cela peut se révéler paradoxal, car il existe des domaines où le religieux a clairement dicté des règles mais où la loi n'a pas mis ces dernières en pratique,

---

<sup>1</sup> Article 2 de la constitution : L'Islam est la religion de l'Etat.

<sup>2</sup> Article 1 du code civil : « .....En l'absence d'une disposition légale , le juge se prononce selon les principes du droit musulman..... ».

comme c'est le cas pour les prêts bancaires ou les comptes bancaires avec des intérêts et comme c'est le cas également pour les critères d'attribution de la nationalité, il s'avère que droit pénal exclut quant à lui les sanctions prévues par le religieux et instaure des sanctions qu'il juge plus en adéquation avec la vie moderne.

En conclusion, les règles religieuses ont pour fonction l'élévation spirituelle de l'homme avec à la clé une récompense ou une punition divine propre à chaque individu, dans l'au-delà, contrairement aux règles de droit dont la fonction première est d'organiser la vie sociale en édictant des lois et réprimandant ceux qui ne les appliquaient pas de façon générale et impersonnelle par des sanctions immédiates. Cependant il arrive fréquemment que des règles juridiques s'inspirent du religieux et ceci en raison du caractère bénéfique et noble de la norme religieuse comme c'est le cas pour l'interdiction du vol ou du meurtre.

### **b- Difficulté de codification du religieux :**

Pour une certaine catégorie de chercheurs le droit musulman devrait être exclu du domaine scientifique, toutefois l'autre catégorie se situe sur un point de vue plus positiviste, à savoir que le travail du faqih est une science particulière mais pas fondamentalement différente du droit, et cela parce que le juriste s'attèle à trouver une solution aux problèmes avec des outils scientifiques regroupant la réflexion la raison, la logique, se bornant à trouver une cohérence avec la source. Le droit, quant à lui, est considéré comme un produit culturel, un art, une technique, largement dépendant des valeurs fondamentales d'un groupe humain, d'un état, d'une société et dont l'objectif est de gouverner la société conformément aux dites valeurs, d'où son caractère normatif. Dans cette optique, le droit est un produit rationnel<sup>1</sup>. La question qui se pose est de savoir si un droit d'inspiration religieuse a pour vocation d'être un produit scientifique qui capable de s'adapter aux situations d'une société donnée et en accord avec les évolutions qu'impose la mondialisation, sachant que les différentes civilisations sont diamétralement différentes dans leurs façons de penser le droit. Pour Lévi-Strauss les civilisations sont prisonnières de la même contradiction à savoir ne pas tolérer que ce qui a été fécond pour eux ne soit pas vénéré par les autres au point de les inciter à les adopter<sup>2</sup>.

Pour Norbert Rouland « La seule attitude juste, aussi bien du point de vue moral que scientifique, nous apparaît consister dans l'affirmation que chaque culture a droit à

---

<sup>1</sup> H. Bleuchot, Droit Musulman, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, Marseille, 2000, p312.

<sup>2</sup> C.Lévy-Strauss, Tristes Tropiques, Plon, France, 1955.

l'affirmation d'une autonomie relative, par rapport aux autres<sup>1</sup> ».il est donc à noter qu'établir des limites semblent fondamentales. En théorie ses limites sont claires ; aucune civilisation n'a le droit d'imposer sa façon de faire ou de voir à l'autre mais en pratique cela est plus difficile vu le contexte historique. Celà s'illustre parfaitement par l'adoption des pays colonisés de la quasi-totalité des textes juridiques des pays colonisateurs, exception faite pour le statut personnel, refusé et non assimilé par les cultures locales. Cela constitue un enjeu de lutte pour ces peuples « combattre ou se soumettre » car comme cité plus haut les sources d'origine comportent en quasi exclusivité des références à la famille et à sa gestion, élément qui explique entre autre, l'attachement de ces pays à ce domaine de la vie privée comme nous le verrons par la suite.

---

<sup>1</sup> N. Rouland, Anthropologie juridique, Presse universitaire de France, Paris, 1990.

## **Deuxième partie : La spécificité du droit de la famille**

**Chapitre3 : Etude rétrospective du code de la famille Algérien : vers une difficulté de codification**

**Chapitre4 : les effets produits par la norme juridique : variabilité des pratiques**

**Chapitre 5 : Comparaison de mise en œuvre du statut personnel**

### **Chapitre3 : Étude rétrospective du code de la famille Algérien : vers une difficulté de codification**

#### **3.1- Processus de codification du code de la famille : une codification laborieuse**

- a- le statut personnel à l'époque coloniale
- b- Contraintes de la mise en œuvre du code de la famille : Prégnance des facteurs extra juridique
- c- Conséquences de la mise en œuvre : Le primat du politique

#### **3.2- Réforme du Code de la famille en 2005**

- a- Modifications apportées au texte : une protection de la situation juridique de la femme
- b - Effectivité des changements en pratique

### **Chapitre3 : Étude rétrospective du code de la famille algérien : une difficulté de codification**

Le code de la famille est l'ensemble des règles qui déterminent les conditions et les effets de la parenté et de l'alliance. Règles qui régissent les rapports personnels et patrimoniaux qui existent entre les membres de ce groupe<sup>1</sup> appelé famille. Ce mot à l'aspect simple, renferme pourtant une multitude de notions et de définitions qui diffèrent en fonction des cultures et des époques. Il est à noter que le fait d'interroger les spécialistes en la matière aurait pour résultat l'obtention d'une multitude de définitions.

Faut-il donc parler à son propos d'institution, de système de relation, de réseau ? Chaque génération transmet sa définition à l'autre, comme quelque chose dont on connaîtrait *a priori* la valeur, et, par conséquent, dont on n'aurait plus besoin de vérifier le contenu. Le piège est là : lorsque deux interlocuteurs sont ensemble, que l'un parle de la famille et que l'autre écoute, l'un et l'autre se comprennent aussitôt. Mais nous accordons-nous vraiment sur le sens et la substance du mot ?

La famille est un objet d'étude infiniment difficile à décrire. Sa réalité est à la fois objective et subjective. Il est clair en tout cas que derrière le singulier du mot se cachent des réalités multiples, qui ont donné lieu à l'établissement de typologies nombreuses. Il existe ainsi des définitions de la famille, selon la taille (on oppose alors la famille restreinte ou nucléaire à la famille élargie); selon la filiation maternelle ou paternelle( on parle ici de la famille matrilineaire ou de la famille patrilineaire) ; selon l'organisation du pouvoir (on distingue, à présent, la famille patriarcale de la famille démocratique) ; selon le nombre d'épouses (on oppose aussitôt la famille monogamique et la famille polygamique ou polyandrique) ; selon le lieu de résidence (indépendante ou incorporée à la famille de l'époux ou de l'épouse, etc. La diversité est telle que l'on n'est jamais parvenu à s'accorder sur les caractéristiques essentielles de cette institution : il n'existe pas, en définitive, de définition générale de la famille qui fasse l'unanimité.

---

<sup>1</sup> Vos questions sur le droit, Berti, Alger, 2009.

On le sait, les formes familiales sont aujourd'hui diverses et les pratiques multiples<sup>1</sup>. « La famille est dans tous ses états composée, décomposée, recomposée » ; à cela s'ajoutent les particularités liées aux milieux sociaux. Aucune famille ne ressemble tout à fait à une autre. Il n'empêche que les similitudes sont plus nombreuses que les différences. La famille, devenue de plus en plus multiple, instable, et incertaine inquiète ; c'est pourquoi les spécialistes la scrutent, l'auscultent, craignant pour sa vie future.

La famille, en tout cas, est une expérience, passée, présente ou à venir. Nous l'avons vécu quand nous étions enfant, et nous la reproduirons à notre tour quand nous devenons époux et décidons d'avoir nos propres enfants.

Curieusement, il n'existe pas d'institution juridique nommée famille comme le rappelle Michel Fize dans son ouvrage *La Famille*<sup>2</sup> « le code Napoléon ne reconnaît que le *pater familias* investi de la puissance paternelle ; femme, enfants sont rabaissés presque au rang de choses La puissance paternelle est en effet considérée comme nécessaire à la conservation des mœurs et au maintien de la tranquillité publique ».

Selon Claude Levi-Strauss « la structure de la famille est l'expression d'un compromis entre la culture et l'exigence biologique de la reproduction »<sup>3</sup>.

La famille est une institution qui regroupe dans les sociétés humaines des personnes ayant un lien de parenté ou d'alliance.

La famille comme l'a défini Yvonne Castellan est « une réunion d'individus unis par les liens du sang, vivant sous le même toit ou dans un même ensemble d'habitation dans une communauté de service »<sup>4</sup>, cette dernière peut très bien s'illustrer dans la cuisine ou bien dans l'administration des provisions, c'est-à-dire l'utilisation commune d'un espace.

La famille, est aussi une union de personnes, ayant entre elles des relations d'échange et de soutien, qu'importe le lien qui unit chacun de ses membres.

---

<sup>1</sup>F. Adel, formation du lien conjugal...déjà cité.

<sup>2</sup> M. Fize, *La Famille*, Le cavalier bleu, 2005, Paris.

<sup>3</sup>C. Levy – Strauss, *les structures élémentaires de la parenté*, Mouton et co, 1967

<sup>4</sup>Y. Castellan , *la famille*, P.U.F., 1996, Paris

Sur le plan sociologique :

Aujourd'hui la famille n'est plus ce qu'elle était, car entre divorce, union libre ou comme le dit Louis Roussel (l'union de fait ou de cohabitation stable)<sup>1</sup> de nouvelles formes d'organisations deviennent de plus en plus courantes dans les pays occidentaux. Elles restent taboues et cachées dans nos pays car ces nouvelles formes portent en elle une atteinte aux valeurs familiales établies. Mais quoi qu'il en soit des changements brusques, et rapides se font jour.

C'est ainsi que nous voyons l'apparition de la famille nucléaire (père, mère, enfant) son noyau étant constitué par le couple, fondé sur le libre choix des partenaires et s'y adjoignent les descendants immédiats sans exclure la présence éventuelle de quelques ascendants, dont le statut est celui d'invité, il reste donc indéniable que le modèle de la « famille conjugale », fondé en Europe sur la tradition patriarcale, s'est en grande partie émancipé de certains carcans moralisateurs<sup>2</sup>. Au côté de la famille élargie qui réunit plusieurs familles conjugales sous le même toit, ce dernier mode d'organisation semble décliner et a tendance même à disparaître à long terme cédant la place par sa dislocation aux seules familles nucléaires. Comme cela semble être le cas pour la famille algérienne traditionnelle, la Ayla a subi des mutations lentes, qui ont fait que la structure domestique-économique fondée sur l'indivision et l'agnatisme est appelée à un affaiblissement de plus en plus grand, du fait des transformations de base économique et matérielle, mais aussi d'un changement dans les aspirations et l'accroissement d'un désir d'individualité et de modernité au sein de la famille algérienne. Cela a engendré un affaiblissement de la structure traditionnelle laissant la place à une structure plus restreinte, en accord avec les règles sociologiques de la structuration, déstructuration et restructuration sociale<sup>3</sup>. Dans la nouvelle structure socio-familiale, des traces, persistantes et résurgentes continueront à marquer de leur empreinte le fonctionnement social et familial contemporain.<sup>4</sup>

Nous avons vu combien il est difficile de définir la famille quelle que soit son origine ; il est encore plus compliqué d'instaurer un code qui la régit tout en prenant en compte les diversités socioculturelles existant dans une même société et du changement perpétuel qui s'opère. Cela représente donc un défi de produire une norme juridique qui a

---

<sup>1</sup> L. Roussel, La cohabitation sans mariage: Des faits aux interprétations, dialogue, 1986.

<sup>2</sup> E. Durkheim, La famille conjugale, l'année sociologique, Nathan, Paris, 1982.

<sup>3</sup> M. Boutefnouchet, La famille Algérienne, évolution, et caractéristique récentes, SNED, Alger, 1980.

<sup>4</sup> G. Benmelha, Eléments du droit algérien de la famille, Publisud, Paris, 1985.

pour objet de régler les relations familiales et particulièrement en Algérie comme nous le verrons.

Le statut personnel signifie donc un ensemble de règles juridiques afférentes à la personne, cette appellation n'a aucune origine musulmane elle provient des systèmes juridiques occidentaux. C'est une loi nationale qui s'applique à tous les citoyens, mais qui est limitée aux relations familiales, Le code de la famille Algérien est une loi d'inspiration religieuse<sup>1</sup>, à l'instar des pays voisins et des autres pays musulmans du Moyen-Orient et à l'exception du droit de la famille Tunisien<sup>2</sup>.

Nous allons tenter à travers ce chapitre de retracer l'historique de ce code en prenant en compte tous les paramètres à savoir le passé colonial, l'emprise du religieux sur la société ainsi que les mutations sociales continues qui touchent l'individu et par conséquent la famille (nouvelles aspirations, modernité, place de la femme dans la société.....)

### **3.1 Processus de codification du code de la famille**

#### a- Le statut personnel à l'époque coloniale :

De la conquête musulmane à l'occupation française, le droit est d'inspiration religieuse et morale et trouve comme source le droit musulman en particulier le droit malikite et parallèlement dans certains pays le droit hanafite. Au sud de l'Algérie, le droit ibadite se pratique à l'époque des Rostemides.

Les grandes écoles de droit musulman n'ayant enseigné que des principes généraux de législation, et produit des ouvrages qui se trouvent être trop volumineux et compliqués pour pouvoir être compris de tous, les savants du droit ont donc appliqué leurs théories à la pratique du droit tel que Sidi Khalil qui fut l'auteur de Mukhtassar, cet ouvrage constitue une sorte de code qui fut appliqué par les Maures et les Arabes d'Algérie et le droit qui régissait les musulmans de l'Algérie à cette époque ; le travail d'analogie de Sidi Hassan sur les livres d'Abu Hanifa servit de règle pour les Turcs et les Kourouglis de l'ex-Régence<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> S. Nouredine, La femme et la loi en Algérie, Bouchene, Alger, 1991.

<sup>2</sup> J.Pouson-Petit, Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français, L'Harmattan, Paris, 2009.

<sup>3</sup> C. Botems, Le droit musulman Algérien à l'époque coloniale, slatkine Eruditio, Genève, 2014.

Avec la colonisation ; le 5 juillet 1830 le dey d'Alger et le général en chef de l'armée française disposent que l'exercice de la religion restera libre<sup>1</sup> le droit mis en pratique sera musulman, destiné aux seuls musulmans, mais seulement dans le cas où la loi française n'est pas applicable par décision du législateur français<sup>2</sup>. Ceux sont donc les juridictions françaises qui déterminent les cas où le droit musulman peut être appliqué. A cette époque la justice musulmane est en totale réorganisation, les musulmans qui pratiquent le rite malikite sont sous l'autorité des cadis juges civils naturels. En ce qui concerne les litiges en première instance, ces derniers sont chargés d'appliquer le Mukhtassar de Sidi Khalil par l'autorité coloniale.

Au début le champ d'action du droit musulman, était très vaste ainsi que le rôle des cadis. Puis il s'est rétréci au fur et à mesure, cédant la place aux compétences juridiques françaises<sup>3</sup>. Jusqu'en 1842 le cadi reste compétent notamment dans le domaine pénal mais avec le contrôle de ses décisions ; Cette période va se traduire par une insertion progressive du droit français dans le domaine juridique. En résultent les décrets du 1 Octobre 1854<sup>4</sup> et du 17 Avril 1889 ainsi que celui du 25 Mai 1892 qui cantonneront le droit musulman au seul domaine du statut personnel, ce dernier englobe tout ce qui concerne la famille. Les cadis conservaient une compétence subsidiaire. Le juge de paix étant théoriquement le juge de droit commun en matière musulmane, pour les litiges relatifs au statut personnel musulman, au droit successoral, aux immeubles non francisés ainsi que dans certaines affaires soumises à la procédure musulmane quant à la preuve des obligations. Sauf en territoire kabyle où le juge de paix détenait une compétence exclusive en matière musulmane ayant hérité depuis le décret du 29 Aout 1874 des prérogatives judiciaires exercées auparavant par les djemâas (assemblée villageoise) et les cadis<sup>5</sup>.

Concernant l'enseignement du droit musulman il ne débuta qu'en 1879 quand l'école de droit d'Alger a entamé un enseignement de « coutumes indigènes ». Puis en 1889 un double enseignement de droit musulman et coutumes indigènes et de législation indigène. Ce qui va entraîner une hiérarchisation des lois avec au sommet la loi française compétente à la fois en métropole et également au niveau de la colonie algérienne et une législation

---

<sup>1</sup>R .Maunier, loi française et coutumes indigenes en Algerie, Domat-montchétien, paris, 1936.

<sup>2</sup> L.Millot, Cent ans de législation algérienne, L'œuvre législative de la France en Algérie, Paris, 1930.

<sup>3</sup> 1859 le droit musulman ne concerne plus que les contestations civiles et comiciale entre musulmans.1873 le droit musulman n'a plus compétence en matière de propriété immobilière.

<sup>4</sup> Le décret du 1<sup>er</sup> octobre 1854 stipule que de droit musulman est en vigueur et appliqué aux indigènes musulmans

<sup>5</sup> M.Morand, Droit Musulman Algérien, Imprimeur- Libraire de l'Université, Alger, 1916.

algérienne compétente aux seuls départements algériens et pour des domaines bien définis ; L'enseignement de cette législation ne se fait pas par un personnel enseignant qualifié en la matière, mais par des interprètes militaires, des administrateurs civils, et non pas par des musulmans compétents ; qui eux dispensent leurs connaissances au sein des medersas. On ne peut à cette époque parler de science juridique musulmane dans le monde occidental, en partie en raison de la rareté des traductions accessibles aux occidentaux.<sup>1</sup>

Il a fallu attendre M.Morand et R.Estoublon pour enfin avoir des universitaires français qui s'intéressent au droit musulman et notamment M.Morand qui avait publié la première tentative plus ou moins élaborée d'un code proprement dit en 1892<sup>2</sup>. D'autres auteurs se sont également intéressés très tôt, au début de la colonisation, au droit musulman tels que J.Pharaon et CH.Dulau<sup>3</sup> en 1839, puis vient en suite l'ouvrage de A.Sabatery<sup>4</sup>, mais ce sont surtout les traités de E.Sautayra et de E.Zeys<sup>5</sup> qui vont donner sa forme définitive au droit musulman algérien, car ils ont servi de référence au magistrat chargé de se prononcer en matière musulmane. Nous notons également l'émergence de chercheurs en matière de droit musulman qui menaient leurs recherches à titre privé tels que A.Hanoteau et A.Letouneux qui ont produit un ouvrage de référence sur la question du droit entre plaideurs kabyles, cet ouvrage était largement appliqué par les magistrats de l'époque. Mais toutes ces tentatives ne revêtaient pas un caractère article par article. Cela ne prenait pas la forme d'une simple interprétation de règle de droit musulman mais d'une tentative de révélation même si cette dernière conduit à dénaturer la règle originale. C'est dans cette optique que le gouverneur général CH.Jonnart a publié un arrêté le 22 mars 1905 afin d'instituer une commission présidée par M. Vacher premier président de la cour d'Alger. Marcel Morand fut bien entendu le maître d'œuvre de l'avant-projet pour la codification du droit musulman applicable aux Algériens. Les travaux d'élaboration de ce code dureront près de dix ans et rencontrèrent énormément de controverses car considéré par la majorité des magistrats musulmans contraire à l'islam malékite, incompatible avec le degré d'évolution des indigènes et préjudiciable au ministère des cadis ; Ce projet n'a donc pas été capable de rallier une majorité, mais il fut tout de même une source pour les juridictions françaises qui le citent pour asseoir leurs décisions

---

<sup>1</sup> On n'en dénombre moins d'une douzaine .

<sup>2</sup> Autres tentatives de codification : Les travaux de de E.Norè, Essai de codification du droit musulman Algérien, revue Algérienne, Alger, 1909. Et de V.Mayonnas, code civile musulman suivant le cadre du code civil, Rite malékite, Paris, 1898.

<sup>3</sup> J.Pharaon et Ch.Dulau, Etudes sur les législations anciennes et modernes, l'Élévation orientale, Droit Musulman, Paris, 1839.

<sup>4</sup> A.Sabatery, Élément de droit musulman, Alger, 1866.E. Zeys, Traité élémentaire de droit musulman Algérien, Alger, 1885-1886.

<sup>5</sup> Sautayraet Charbonneux, Du statut personnel et des successions, Paris, 1873-1874.

comme le montre un arrêt de la cour d'Alger datant de 1923<sup>1</sup>. Toutefois, il semble que la menace d'une suppression des cadis a joué un rôle considérable dans leurs défiances à l'égard du législateur colonial ainsi que l'immense mépris du colonisateur face au droit musulman, la civilisation musulmane est présentée comme inférieure par rapport à la civilisation occidentale. Prétextant résorber la condition légale de la femme musulmane et clarifier le droit musulman en matière de tutelle et de succession même réalité fut tout autre, à savoir l'ambition qui fut de transformer le droit musulman, voire de le faire disparaître en y apportant des modifications à chaque fois que le contenu venait à l'encontre d'un principe de droit occidental, et ceci en raison du mépris qui se manifestait envers le droit musulman qui paraissait aux yeux du législateur français inférieur à tous les principes occidentaux. C'est ainsi que, derrière l'initiative de la codification, se cache en vérité une volonté de dénaturer le droit musulman et de le franciser. Il en va de même pour le code Morand qui se déclarait respectueux de la source islamique de son code. L'exemple le plus flagrant de cette tentative d'occidentalisation concerne le mariage qui, dans la culture islamique, se fait par étapes. La législation française en effaçant toutes les pratiques sociales qui le précèdent, l'a de fait dénaturé en instaurant la nécessité d'établir un acte. Il en va de même pour la détermination de l'âge du mariage fixé à 18 ans pour les hommes et 15 pour les femmes. Il ne s'agit pas dans cet exposé de valider ou non ces pratiques coloniales ou de savoir si cela a été bénéfique pour la population, car les avis divergent sur la question. Une partie considère que le droit musulman est inférieur et coutumier, il est donc préférable de laisser les colonisés dans cette infériorité. Une autre partie a privilégié l'assimilation des colonisés. Les musulmans, quant à eux, se revendiquent et sont attachés à un droit qui leur appartient et qui se distingue du droit français ; cela a symbolisé une sorte de résistance vis-à-vis de l'occupant, cette ligne de conduite a rassemblé la majorité du peuple Algérien à l'époque coloniale. Nous devons signaler que toutes procédures en vue de rectifier le droit musulman étaient refusées par les musulmans. C'est la raison pour laquelle toutes les tentatives de codification ont échoué il ne reste dans ce domaine que quelques interventions qui ont tout de même leur importance telle que l'ordonnance de 1959 concernant le mariage des Algériens.

En conclusion, le droit musulman s'inspire en même temps de la religion mais également des pratiques sociales, c'est pour cette raison que nombre de magistrats pensaient qu'apporter des modifications dans les coutumes était plus facile qu'imposer un code étranger aux musulmans, comme le démontre l'exemple suivant : la cour déclare en 1922

---

<sup>1</sup> Le projet n'a aucune valeur législative, mais les juridictions continuent de le citer.

que la femme Kabyle pourrait à l'avenir demander le divorce car la coutume avait évolué<sup>1</sup>. Les cas prévus qui donnent accès à cette demande sont prévus par les instances juridiques. Nombre de pratiques similaires ont été recensées à l'époque<sup>2</sup>. Il est à noter que le législateur Algérien à l'époque postcoloniale n'est pas revenu sur ses acquis. La domination coloniale va induire des processus de modernisation forcés, subis, puis revendiqués<sup>3</sup>.

#### b. Contrainte de la mise en œuvre du code de la famille : prégnance des facteurs extra juridiques

Avant la promulgation du code de la famille en 1984, il faut distinguer deux périodes : celle qui précède l'indépendance et, après 1962, celle qui n'institue pas encore de loi formalisée mais une gestion de la famille<sup>4</sup>

Après l'indépendance, en 1962, le droit existant est maintenu en attendant la production d'une législation, ceci selon la loi instituant la reconduction, jusqu'à nouvel ordre, de la législation en vigueur au 31 décembre 1962

En 1964, soit deux ans après l'indépendance de l'Algérie, le gouvernement d'alors lança un avant projet pour un code de la famille<sup>5</sup>. Les débats étaient vifs entre ceux qu'on appelait à l'époque les traditionnalistes et les modernistes, menant à l'échec du projet, plusieurs autres tentatives furent observées afin de légiférer un code de la famille mais sans succès et ceci en 1973, et 1981.

En 1965, Ben Bella est renversé, le Vice-président de la République, le colonel Boumediene le remplace.

Un an plus tard, un colloque est organisé par le ministère de la justice avec pour thématique « un avant-projet de code de la famille », s'inspirant lui aussi de la charia. De 1965 à 1976 on ne parlera plus d'un code de la famille, et en 1967, suite à la publication d'un livre de Fadela M'rabet « *les Algériennes* » l'opinion publique prend conscience du contenu réactionnaire de ce projet. Ses révélations créent une forte inquiétude chez les féministes Algériennes qui se mobilisent. Les femmes en général et les étudiantes en particulier restent vigilantes ; elles organisent des séminaires et des journées d'études partant sur la place de la femme dans la société.

---

<sup>1</sup> Cours d'Alger 18 novembre 1922.

<sup>2</sup> C. Botems, Les tentatives de codification du droit musulman dans l'Algérie coloniale, Edition du CNRS, Paris, 1989.

<sup>3</sup> M.B. Salhi, L'anthropologie et les sciences sociales en Algérie : élément pour un bilan, Sd : N.Benghabrit – Remaoun, M. haddab : L'Algérie 50 ans après, Etat des savoirs en sciences sociales et humaines 1954-2004, CRASC, Constantine, 2008, P81.

<sup>4</sup> F. Ialami, Les Algériennes contre le code de la famille, Science Po, Paris, 2012.

<sup>5</sup> F. Mernissi, La femme et la loi en Algérie, Bouchene, Algérie, 1991

En décembre 1978, le président Boumediene décède. Le nouveau président est Chadli Bendjedid. Les islamistes sortent de la clandestinité. A la même période la révolution islamique d'Iran va leur donner un nouvel élan. Ils accusent le pouvoir de s'être écarté de l'Islam en faisant de l'Algérie un pays socialiste. Chadli Bendjedid, va leur ouvrir le champ politique.

En 1981 un nouveau code de la famille est à l'étude. A la suite d'une fuite sur le contenu de ce projet une forte mobilisation des femmes allait durer plusieurs mois. Il en résulte que des acquis précédents furent supprimés.

### c. Conséquences de la mise en œuvre : Le primat du politique

L'élaboration du code de la famille s'est révélée particulièrement difficile, en témoigne le grand nombre de tentatives avortées comme nous avons pu le constater plus haut. Ce n'est donc que 22 ans après l'indépendance que la loi portant le code de la famille fut adoptée et ce le 9 juin 1984. Cette difficulté est d'ordre idéologique faisant en sorte que deux courants se sont affrontés d'un côté les progressistes et de l'autre les fondamentalistes. Les fondamentalistes œuvraient pour un code de la famille directement inspiré de la charia, l'autre courant militait pour l'extension du décret en vigueur de 1959 c'est à dire mettre le religieux de côté. La réponse du législateur fut de tenter de codifier un droit musulman qui n'a pas vocation de l'être car différent de par son origine, sa structure et sa méthodologie du droit positif, s'ajoute en plus la difficulté d'innover, d'étendre ou de restreindre l'application de la loi musulmane en fonction de la conception moderne de la vie<sup>1</sup>. Il apparaît donc, nécessaire de détacher cette loi de la morale et de la religion comme a pu le faire le législateur pour le droit commercial ou le droit administratif et comme le préconise un grand nombre de juristes on doit considérer la règle de droit comme une règle technique d'organisation entre les hommes et la séparer de la morale et par conséquent de la religion, car le droit de part sa nature se caractérise par son objectivité contrairement à la morale ou à la religion qui se trouve être subjective<sup>2</sup>. Il ne faut pas occulter qu'avoir une loi musulmane régissant la famille pendant la colonisation signifiait résistance et le maintien de l'identité nationale en ce qui concerne la population colonisée à majorité malikite, cela peut donc dans une certaine mesure expliquer l'attachement des traditionnalistes à un code qui aurait pour origine la charia islamique. Néanmoins il semble assez étrange que tous les autres secteurs du

<sup>1</sup> R. Babaji, M.N. Mahieddin, *Fiqh et droit de la famille*, Revue internationale de droit comparé, Paris, 1987.

<sup>2</sup> M. Issad, *Le rôle du juge et la volonté des parties dans la rupture du lien conjugal*, Revue algérienne des sciences juridiques, économique et politique, Alger, 1968, p1089.

droit ne soient pas concernés par cet attachement à l'identité familiale comme le rappelle F. Dekli : comment expliquer que la confrontation des concepts de modernité et de tradition apparemment inconciliables n'aient pas embarrassé outre mesure le législateur algérien dans son œuvre de codification générale portant code civil, pénal et commercial et dans laquelle la survivance de règles juridiques étrangères à l'islam a été consignée sans soulever les controverses passionnées qui ont entouré la naissance du code de la famille<sup>1</sup>. Chérif Salah Bey explique cela par le fait que pour certains le code de la famille ne peut que ratifier la législation islamique qui par essence est immuable, alors que pour d'autres, cela représente l'occasion de procéder à une modernisation et un renouvellement de ces règles de droit. Cette querelle idéologique s'explique par le fait qu'il ne s'agit pas seulement de procéder à la réglementation de rapports individuels, mais surtout de définir la cellule sociale que doit constituer la famille. C'est en définitive toute la conception de la société qui est en jeu<sup>2</sup>. Parallèlement, pendant la période de mise en œuvre la société algérienne a, bien entendu, continué à exister en se mariant, en divorçant, devant ce vide législatif les magistrats ont été contraints de s'adapter à cette situation car il était impératif de trouver des solutions. Les magistrats de l'époque se sont donc appuyés sur les principes de la charia comme le stipule l'arrêt de juin 1967<sup>3</sup> ainsi que l'article 1 du code civil qui stipule que « la loi régit toutes les matières auxquelles se rapporte la lettre ou l'esprit de l'une de ses dispositions. En l'absence d'une disposition légale, le juge se prononce selon les principes du droit musulman et à défaut, selon la coutume ; le cas échéant, il a recours au droit naturel et aux règles de l'équité ». Les jugements étaient donc rendus selon la compréhension du juge du droit musulman.

#### -Promulgation du code de la famille :

La loi numéro 84-11 du 9 juin 1984 portant le Code de famille représente la première loi nationale qui régit la personne dans son environnement familial, il comporte 224 articles. et débute par des dispositions générales (de l'article 1 à l'article 3 bis)

Le code est réparti en quatre livres :

---

<sup>1</sup> F. dekhli, Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algérien, Revue algérienne des sciences juridiques, économique et politique, Alger, 1985, p715.

<sup>2</sup> C. Salah bey, droit de la famille et problème idéologique, Revue algérienne des sciences juridiques, économique et politique, Alger, 1974, p97.

<sup>3</sup> Article 222 du code de la famille : En l'absence d'une disposition dans la présente loi, il est fait appel au disposition de la sharia.

Livre premier : Du mariage et sa dissolution (de l'article 4 à l'article 80)

Livre deuxième : De la représentation légale (de l'article 81a l'article 125)

Livre troisième : Des successions (de l'article 126 à l'article 183)

Livre quatrième : Disposition testamentaires legs, donation, waqf (de l'article 184 à l'article 124).

Le code de la famille algérien représente la première codification du droit se rapportant à la famille dans le monde arabe. Ce code est inspiré de la charia comme le rappelle l'article 222. Il représente le ciment de la construction de la société. Il régleme les relations familiales et instaure la notion de contrat en ce qui concerne le mariage qui se concrétise par l'accord des deux parties, comme c'est le cas pour les autres contrats ; il légalise (le mariage) les relations sexuelles entre les époux. Le wali (tuteur matrimoniale) est indispensable à l'accomplissement de l'acte, il doit être le plus proche parent agnat de la femme majeure civilement et si la femme ne possède pas de tuteur, ce sera le juge qui fera office de wali. La dot (sadak, mahr) est également une condition obligatoire à l'accomplissement du mariage cela représente une somme d'argent ou autre présent que le mari verse à son épouse et qui devient sa propriété. Curieusement, la Fatiha ne constitue pas une condition prérequis pour un mariage valide comme c'est le cas pour la dot, le wali ou les témoins. Quand bien même elle qu'elle représente sur le plan social une condition indispensable du mariage.

La Isma est accordée au mari ce qui signifie qu'il a une autorité sur son épouse qui lui doit obéissance<sup>1</sup>, le mari de ce fait est habilité à contrôler et protéger son épouse. La femme doit quant à elle le respect à la famille du mari, principe général qui ne définit pas les personnes et qui laisse la porte ouverte aux interprétations. S'agit-il des parents du mari seulement ou également de ses frères et sœurs, des oncles et tantes ?

Le régime matrimonial est celui de la séparation des biens ; ce qui signifie que chacun des époux reste propriétaire de ses biens accumulés avant et pendant le mariage et en cas de divorce, en définitif chaque époux conserve ses acquisitions.

---

<sup>1</sup> Article 39 du code de la famille de 1984 (abrogé).

Il existe deux formes de divorce, le premier est un droit incontestable accordé à l'époux (talak) qui se manifeste par une répudiation<sup>1</sup> sans exigence de motif ou de justification et sans possibilité de refus du juge, contrairement au divorce de la femme (tatlik) qui est soumis à des conditions dont l'article 53 se fait l'énoncé. Les conditions de divorces sont le corollaire des obligations des hommes envers les femmes, notamment la nafaka<sup>2</sup>. Cet article réduit considérablement le droit des femmes à demander le divorce, car soumis à l'obligation à ces dernières de prouver qu'elles se trouvent être dans l'une des situations prévues par l'article 53 ce qui se révèle être particulièrement difficile et compliqué comme par exemple le refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre mois<sup>3</sup>, s'y ajoute le fait que l'appréciation de la validité du motif est laissé au juge qui peut tout à fait refuser le motif. Il existe à l'époque (le code de 1984) une autre alternative pour les femmes en vue d'obtenir d'accèsion au divorce tel que mentionné dans l'article 54 le khola c'est-à-dire l'obtention du divorce par la femme moyennant une compensation financière versée au mari et soumise pour la plupart des juges à l'accord des maris.

Après le divorce, le domicile conjugal revient à la personne qui en est propriétaire et cela en majorité les époux, qui récupèrent leurs biens et cela même si la femme a la garde de ses enfants, elle se doit de retourner chez son tuteur<sup>4</sup>. La femme est prioritaire du droit de garde de ses enfants mais la tutelle est accordée à l'homme, ce qui signifie que l'épouse assume l'éducation de ses enfants jusqu'à l'âge de 10 ans pour les garçons et jusqu'à l'âge de la capacité de mariage pour les filles, l'homme quant à lui se voit attribuer le rôle de l'autorité, c'est-à-dire que pour n'importe quel acte administratif tel que l'inscription à l'école, ou les voyages, l'aval du père est obligatoire. Il est à noter que la mère perd son droit de garde si elle décide de se remarier<sup>5</sup>.

En ce qui concerne la filiation, la prééminence paternelle est de rigueur l'enfant né hors mariage quant à lui portera le nom de sa mère si cette dernière le reconnaît. L'adoption est interdite, par la religion. Seul le recueil légal (kafala) est autorisé. Si l'enfant est né de père inconnu, la concordance du nom du kafil à celui de l'enfant makfoul est possible<sup>6</sup>, seulement l'enfant ne peut être pris en compte pour l'héritage, cela signifie qu'il ne peut pas hériter de son kafil.

---

<sup>1</sup> Article 48 du code de la famille.

<sup>2</sup> F. Lalami, les Algériennes contre le code de la famille, SciencePo les presse, France, 2012.

<sup>3</sup> Article 53 du code de la famille.

<sup>4</sup> Article 52 du code de la famille 1984(abrogé).

<sup>5</sup> Article 66 du code de la famille.

<sup>6</sup> Décret numéro 92-24 du 13 janvier 1992 relatif au changement de nom.

Les bases de la vocation héréditaire sont la parenté et la qualité de conjoints<sup>1</sup>. Il existe trois catégories d'héritiers : les héritiers réservataires, les héritiers universels, les héritiers par parenté utérine ou cognat<sup>2</sup>. Les parts de succession légalement déterminées sont au nombre de six : La moitié, le quart, le huitième, les deux tiers, le tiers et le sixième<sup>3</sup>. À rang successoral égal, une femme touche la moitié de la part accordée à l'homme, l'épouse reçoit un huitième de la succession de son époux si elle a une descendance et le quart si elle n'en a pas. En parallèle, le mari est héritier réservataire de la moitié de sa défunte sans descendance et un quart si elle a une descendance. En présence de fils, les filles reçoivent la moitié de ce qui est accordé aux garçons.

Nous venons de citer quelques dispositions du code de la famille algérien promulgué le 9 juin 1984 et il apparaît évident que ce texte est d'inspiration religieuse comme cela est mentionné. Cette particularité divise profondément aussi bien les chercheurs dans le domaine de la famille que les simples citoyens. Pour certains, le fait d'adopter un code de la famille à l'idéologie musulmane n'est que le reflet d'une société particulièrement attachée à sa religion et ne voulant pas hériter d'un code occidental (colonisateur) qui serait en contradiction totale avec les principes moraux de la société algérienne musulmane majoritairement malékite. Ce texte n'est que le reflet de la société à l'image de la constitution qui prône l'arabité et l'islamité de l'Algérie<sup>4</sup>, ce courant réfute toute assimilation du droit algérien de la famille au droit français en affirmant que ce droit ne s'inspire à aucun moment du droit français. Ces points de vue peuvent être discutés en commençant par le fait que le droit algérien ne serait en aucun cas influencé par le droit français. Or du point de vue de la forme, ce code a la même organisation selon des articles retrouvés dans les différents codes français, de même il est vrai que le code de la famille s'inspire de la religion (islam) et ceci en vertu de l'article 2 de la constitution, mais en même temps, il va à l'encontre d'un autre principe constitutionnel qui est celui de l'égalité des sexes (article 32 de la constitution)<sup>5</sup>. C'est ce que revendiquent les détracteurs du code de la famille à savoir un rapport homme femme plus égalitaire en ce qui concerne le mariage, le divorce, ses effets et aussi l'héritage. Quoi qu'il en soit nous reviendrons ultérieurement sur cette question lorsque nous aborderons la place de la femme dans la norme juridique.

---

<sup>1</sup> Article 126 du code de la famille.

<sup>2</sup> Article 139 du code de la famille.

<sup>3</sup> Article 143 du code de la famille.

<sup>4</sup> Article 2 de la constitution : L'Islam est la religion de l'Etat.

<sup>5</sup> Article 32 de la constitution : Les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale.

### 3.2 Réforme du Code de la famille en 2005

Un projet d'amendement fut entrepris en 1997 puis il fut abandonné en 1998, ce n'est qu'en 2003 que les travaux de changement du code ont repris. C'est le ministre de la justice Garde des Sceaux qui fut chargé par le Président de la république de constituer une commission. À cet effet, et cela le 26 octobre 2003, cette dernière a eu pour mission la mise en place d'une réforme du code de la famille sous la présidence de Mohamed Zaghoul Boutarène, magistrat à la cour suprême, furent désignés comme membres de cette commission, une cinquantaine de juristes, de parlementaires, et de théologiens.<sup>1</sup>

L'assemblée Populaire Nationale a adopté le 14 Mars 2005 l'ordonnance modifiant et complétant la loi du 9 Juin 1984 portant code de la famille. Le Sénat a entériné le texte le 26 Mars 2005. Cette ordonnance a été proposée par le Président de la république en vertu de ses pouvoirs constitutionnels. Le projet d'amendement avait pour objectif d'apporter des modifications au code de la famille dans un sens plus égalitaire comme le prévoit la constitution. Ces changements concernaient plus particulièrement les questions suivantes : La polygamie, Le divorce et ses effets, le rôle du tuteur l'égalité...

Il s'avéra que le résultat fut l'affrontement de deux courants l'un conservateur s'appuyant sur le religieux qui revêt une grande importance au sein de la société algérienne, l'autre courant libéral s'appuyant sur les principes d'égalité hommes femmes ayant comme source la constitution et les nombreux traités ratifiés par l'Algérie qui sont porteurs de principes d'égalité<sup>2</sup>.

Il est à noter que toute demande de changements de législation des relations familiales dans un sens plus égalitaire est frappée de l'accusation d'occidentalisation. En effet, le traitement de la question du code de la famille est chargé du poids de l'histoire, puisque le statut personnel a été investi de la fonction de préservation de l'identité algérienne pendant la période coloniale comme nous avons pu le démontrer plus haut.

---

<sup>1</sup> F.Lalami, Les algériennes contre le code de la famille, SciencesPo. Les presses, France, 2012.

<sup>2</sup> Article de la constitution algérienne. CEDAWI5 : Le respect de la hiérarchie des normes inscrit dans la constitution. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme ratifiée en 1997. Le traité de Vienne article 16 égalité hommes femmes dans la famille.

a. Modifications apportées au texte : une protection de la situation juridique de la femme

Ce n'est qu'après plus de vingt ans après l'indépendance que le législateur algérien a adopté un code de la famille<sup>1</sup>. Il a fallu attendre plus de vingt autres années pour lui apporter des modifications comme l'a rappelé N. Mahieddine « Le législateur algérien a attendu plus de vingt-cinq ans après l'indépendance pour adopter un code de la famille. Il a encore attendu plus de vingt-cinq ans pour apporter les premières modifications à ce texte »<sup>2</sup>.

En 2005, des amendements sont donc apportés, mais ils n'ont pas donné satisfaction, et furent jugés insuffisants.

-L'article 11 amendé, énonce que « *La femme majeure conclut son contrat de mariage en présence d'un "wali", qui est son père ou un proche parent ou toute autre personne de son choix* » ce qui représente paradoxalement en même temps une avancée et un recul. Cet article ne soumet plus le mariage de la femme à l'accord de son tuteur qui dans le passé pouvait lui refuser de se marier et ce, de façon abusive. Cette dernière peut donc se libérer de cette emprise, mais dans le même temps le législateur a conservé la notion de tutelle, tuteur, qui peut être n'importe quelle personne du choix de la femme, ce qui signifie que le législateur a dénaturé les principes religieux pour s'orienter dans un sens plus égalitaire, mais en fait, il soumet toujours le mariage à la condition de présence d'un wali quel qu'il soit. C'est-à-dire que n'importe quel homme est apte à être le tuteur d'une femme, même s'il n'a aucun lien de parenté ou d'alliance avec cette dernière. Pour Nadia Aït Zai, juriste, « *l'adoption de cet avant-projet est une avancée, parce qu'il fait de la femme un sujet de droit. La femme récupère sa capacité juridique à conclure son contrat de mariage* ». Cependant, concernant l'article relatif à la tutelle, elle signale que le tutorat n'a pas disparu. « *Il devient une option et il n'est plus considéré comme une condition de formation du contrat de mariage.* »

-Le mariage par procuration a été totalement aboli. Ce qui représente une avancée significative en vue d'éradiquer les mariages forcés (djabr).

- L'âge du mariage, qui était de 21 ans pour l'homme et de 18 ans pour la femme, est uniformisé à 19 ans.

---

<sup>1</sup> Lois n° 84-11 du 9/6 :1984 portants Code de la famille (Journal officiel, n°24 du 12/6/1984, p.612).

<sup>2</sup> N. Mahieddin, L'année de Maghreb, l'évolution du droit de la famille en Algérie, CNRS, Paris, 2005-2006.

- L'époux ne peut plus donner procuration à une tierce personne pour le représenter lors de la conclusion d'un mariage. Cette procuration a été supprimée dans le but de prévenir les mariages forcés.

- « L'obéissance », due par la femme à son mari, est remplacée par les « obligations des deux époux », notamment « le respect mutuel et la concertation ».

- La traditionnelle répudiation verbale est abolie et le divorce, qui « intervient par la volonté de l'époux, le devient par consentement mutuel ou à la demande de l'épouse (...) » Il ne peut être établi que par jugement. Article 49 « le divorce ne peut être établi que par jugement, précédé de plusieurs tentatives de conciliation des parties effectuées par le juge(...)

La femme divorcée bénéficie du domicile conjugal lorsqu'elle a la garde des enfants. L'époux a pour obligation d'assurer, en cas de divorce, le logement à ses enfants mineurs dont la garde est confiée à la mère. L'article 72 qui stipule « *qu'en cas de divorce, il incombe au père d'assurer, pour l'exercice de la garde, un logement décent ou à défaut son loyer.*

*La femme ayant la garde est maintenue dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement. »*

Le fondement du droit au logement réside dans l'obligation générale d'entretien qui incombe au père de l'enfant gardé. Il est mentionné dans le Coran « loger les femmes que vous avez répudiées là où vous logez vous-même... ». Selon une autre traduction « logez-les dans une partie de votre habitation »<sup>1</sup>

Cet amendement représente donc une grande avancée pour les droits des enfants et des femmes face à une difficulté de plus en plus grande de trouver un logement, car avant la réforme du 27 février 2005 la femme divorcée devait quitter le logement familial avec ses enfants dont elle avait la garde. La garde, mais pas la tutelle, comme c'est le cas à présent en vertu de l'article 83 alinéa 3 « *Le juge confie l'exercice de la tutelle au parent, à qui la garde est accordée.* » la tutelle est accordée au père durant le mariage. La mère n'en bénéficie qu'en cas de décès du père et elle le remplace lorsque ce dernier est absent ou dans l'incapacité de l'assurer ou en cas de divorce. Cette disposition a facilité le quotidien des familles, car les mères devaient obtenir l'accord des pères pour les actions les plus anodines de la vie quotidienne telle que l'ouverture d'un compte pour les enfants, les voyages ...

---

<sup>1</sup> M. Kouidri, La garde de l'enfant après la réforme du Code de la Famille, Revue Algérienne des Sciences Juridique, Economiques et Politiques, numero10, page 49.

Il est à noter que la Hadana est accordée à la mère ,puis au père, puis selon l'ordre de dévolution et ceci dans l'intérêt de l'enfant, en vertu de l'article 64 du code de la famille modifié par l'ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005 qui a donné une plus grande importance au rôle de père, la seconde place après celle de la mère pour en l'occurrence l'obtention du droit de garde. Ce qui paraît tout à fait légitime, vu les changements des mentalités à l'intérieur de la société algérienne où le père joue un plus grand rôle dans le quotidien des enfants en contribuant davantage que par le passé aux soins apportés à sa descendance.

Les amendements ont également introduit la technique de l'insémination artificielle entre les deux époux, ainsi que le recours aux moyens scientifiques en ce qui concerne l'établissement de la filiation. Ce changement était indispensable face à l'augmentation de l'infertilité des couples et de l'avancée de la science dans le domaine de la filiation.

Le législateur a également clarifié le khola, divorce émanant de la femme en échange d'une compensation financière versée à l'époux. Avant les amendements, il était courant que les juges du premier degré exigent l'accord du mari contrairement aux préceptes coraniques (sourate 2-229) qui ne soumettent pas la demande de khola à l'accord du mari. L'article 54 modifié du code de la famille a mis fin à l'ambiguïté qui existait dans le texte en ajoutant l'expression « sans accord du mari ». Concernant le montant de cette somme, elle ne saurait dépasser le montant de la dot versé à l'épouse. Cet article de loi a permis à grand nombre de femmes d'obtenir un divorce qui leur a longtemps été refusé en raison de l'obligation de fournir un des dix critères qui figurent dans l'article 53 du code de la famille à savoir :

- 1- *Pour défaut de paiement de la pension alimentaire prononcé par jugement à moins que l'épouse n'ait connu l'indigence de son époux au moment du mariage sous réserve des articles 78, 79 et 80 de la présente loi,*
- 2- *Pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage.*
- 3- *Pour refus de l'époux de partager la couche de l'épouse pendant plus de quatre mois,*
- 4- *Pour condamnation du mari pour une infraction de nature à déshonorer la famille et rendre impossible la vie en commun et la reprise de la vie conjugale,*
- 5- *Pour absence de plus d'un (1) an sans excuse valable ou sans pension d'entretien,*
- 6- *Pour violation des dispositions de l'article 8 ci-dessus,*
- 7- *Pour toute faute immorale gravement répréhensible établie,*

8- *Pour désaccord persistant entre les deux époux,*

9- *Pour violation des clauses stipulées dans le contrat de mariage, pour préjudice légalement reconnu.*

Il apparaît clair à la lecture de ce texte et de certaines causes en particulier, la grande difficulté des femmes de prouver que la demande de divorce (Talak) se justifiait par l'existence d'une de ses causes, c'est pour cette raison que 8% seulement des femmes arriveraient à justifier. En cinq années, elles ont été 16.991 femmes à avoir obtenu le divorce suivant l'un des cas prévu par l'article 53 du code dans la même période il y'a eu 106.604 cas de répudiation<sup>1</sup>. Le khola s'est avéré être une libération pour toutes les femmes désireuses de divorcer. .

Une autre avancée pour les droits des femmes est le nouveau code de la nationalité.

Ce code stipule que la femme algérienne a le droit de donner sa nationalité à ses enfants, quand celle-ci est mariée avec un étranger. Les avancées pour la femme sont multiples :

La première, est de rendre la femme l'égale de l'homme en droit, car dans le système patriarcal, depuis des siècles, la transmission de la nationalité se faisait par le père. Ce changement donne une place importante à la femme.

La deuxième, est que cet amendement autorise la femme algérienne à se marier avec un étranger quelque soit sa nationalité, et également à se marier avec un non-musulman. Auparavant, dans le certificat de coutume que les consulats des pays d'accueil, délivrent aux femmes avant leur mariage, l'article 30 du code de la famille stipule que la musulmane n'a pas le droit de se marier avec un non-musulman, et cet article, on le sait, contredit celui du code de la nationalité.

Pour conclure, les amendements apportés au code de la famille algérien représente une avancée en ce qui concerne le droit des femmes et des enfants même si certains jugent que cela reste très insuffisant, et que le chemin est long pour aboutir à une équité entre les deux sexes. Le législateur a tenté d'atténuer ces inégalités comme par exemple les effets du divorce, mais nombre de textes sont quasiment restés tels quels, comme c'est le cas pour la question de l'héritage, ou concernant la polygamie qui reste autorisée. La question qui se pose est la suivante :

---

<sup>1</sup> N. Ait-Zai, Les effets du divorce en Algérie au regard du code de la famille, Revu Algérienne Des Sciences Juridiques, Economique et Politique, numéro1, Alger, 2015. P51.

pourquoi le législateur a changé quelques textes et n'a pas entamé une véritable réforme de ce texte. Ces contradictions marquent bien le dilemme qui divise aujourd'hui les Algériens entre leur désir de modernité et leur peur de corrompre leur culture séculaire, un mélange de coutumes et de religion. Cependant, que répondre à la question suivante : la religion musulmane est-elle le réel obstacle à l'émancipation algérienne ?

b. Effectivité des changements en pratique :

L'objectif de notre travail est d'établir à partir d'observations et d'entretiens sur le terrain élaborés par nos soins, dans quelle mesure les comportements sociaux ont-ils changé avec les amendements apportés au code de la famille ?

De nos observations en tant que professionnel du droit, de nos lectures (ouvrage, revues, presse écrite, blogues) nous avons constaté que globalement les amendements ont été effectifs et bénéfiques sur le plan social même si au début cela fut difficile aussi bien pour les professionnels de la justice que pour la société de s'habituer aux changements. Cependant nous avons pu constater des dysfonctionnements entre la loi et sa pratique et ceci concernant des sujets bien précis qui étaient récurrents :

- Le mariage
- Le divorce et ses effets
- La polygamie
- Le recueil légal (la kafala)

- Le mariage

Le mariage est défini par le code de la famille comme « *un contrat consensuel passé entre un homme et une femme dans les formes légales. Il a, entre autres buts, de fonder une famille basée sur l'affection, la mansuétude et l'entraide, de protéger moralement les deux conjoints et de préserver les liens de famille.* »<sup>1</sup> Ce contrat doit remplir quelques conditions à savoir : la dot, le wali, deux témoins et l'exemption des empêchements légaux au mariage.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Article 4 du code de la famille.

<sup>2</sup> Article 9 bis du code de la famille.

C'est la question du wali que nous avons le plus rencontrée. D'après les nouveaux amendements, le wali demeure obligatoire afin de concrétiser un acte de mariage mais cette condition a subi en effet un changement ; à présent, la femme peut choisir n'importe quelle personne de son choix. Le problème se situe ici : nous avons rencontré des femmes et notamment Nafissa 23 ans qui au moment de concrétiser son mariage au niveau de la mairie de Relizane en 2015 elle s'est vu refuser cela, au motif que son père n'était pas présent. « *J'ai expliqué à l'officier d'état civil que mon père était décédé, et que la personne que j'ai choisi était le meilleur ami de mon père, et que c'est lui qui l'avait remplacé pour la Fatiha, étant donné que nous n'avions plus de relation avec la famille, de mon père, et cela même avant sa mort, et que ma mère n'avait plus de famille ses parents étant morts et étant elle-même fille unique. Je m'étais pourtant renseignée sur la question et on m'avait donné l'assurance que je pouvais designer la personne de moi choix. Nous n'avons donc pas pu nous marier ce jour-là, jour qui demeure dans mon esprit comme un mauvais souvenir, car mon mari s'est battu avec les agents de la mairie, et j'avais le sentiment d'être une moins que rien, parce que j'avais perdu mon père, mon protecteur. C'est mon époux qui a désamorcé la situation en demandant audience au maire. Grâce à cela les jours suivants, nous avons pu nous marier. Mais cet épisode m'a énormément traumatisé. J'ai ressenti un manque de considération et de respect de la part des agents de la mairie qui m'ont traité comme une moins que rien.*

Malgré le fait qu'il existe un texte de loi qui accorde à Nafissa le droit de choisir son wali, les agents de la mairie lui ont refusé ce droit. La question que nous nous posons est pourquoi ? Ignorent-ils ce droit ? Ou bien est-ce une action délibérée ? Difficile de croire qu'en 2015 soit 10 ans après les amendements du code, un officier de l'état civil ignore cette loi ou alors est-ce la volonté de garder la femme sous la tutelle de son père jusqu'à son mariage, même si cela va en contresens de la loi. La question reste posée.

#### Le divorce et ses effets :

Le divorce signifie la rupture officielle du mariage existant entre deux individus, mais aussi la rupture de l'union conjugale consacrée par le droit. Il est l'aboutissement naturel de l'échec d'un projet, dû soit à un affaiblissement du lien affectif, soit à la mésentente, ou à des raisons de vie en famille. Il se traduit par un bouleversement dans le mode de vie des individus. Son acceptation (le divorce) varie en fonction des sociétés (très bien accepté dans le monde occidental, il est beaucoup moins toléré dans les pays arabes). Tout comme le mariage le divorce a évolué il est devenu un signe de l'instabilité familiale,

d'une crise de l'individu et de la société, quelquefois d'une sanction de faute contre l'autre partenaire et donc à l'origine d'une demande de divorce soit à l'initiative du mari (Talak ou répudiation) article 48 du code de la famille ou à l'initiative de la femme ( le tatlik) article 53 du code de la famille , cet article précise les motifs permettant à l'épouse d'obtenir son divorce, et enfin le khola (divorce à la demande de la femme moyennant le versement d'une somme à l'époux) article 54 du code de la famille. Nous avons constaté que la majorité des demandes de divorce se font à l'initiative du mari.

Les chiffres du divorce ne cessent d'augmenter atteignant 62.000 cas en 2016<sup>1</sup> contre 34.123 en 2007<sup>2</sup> les raisons sont multiples : manque de moyens, incompatibilité d'humeur dans le couple, violences verbales et physiques particulièrement de l'époux, défaut d'entretien et bien d'autres. Le divorce est donc un acte judiciaire, il est établi par jugement définitif rendu en premier ressort par le tribunal. Ce jugement n'est pas susceptible d'appel, sauf dans ses aspects matériels, telle que la pension alimentaire qui est une rente attribuée à la mère. Elle doit lui être versée chaque début du mois afin de lui apporter une aide financière pour subvenir aux besoins de ses enfants (nourriture, habillement, soins médicaux...) Il est à noter qu'il n'est pas possible en théorie de se soustraire au paiement de la pension sous peine de sanction d'emprisonnement (de 6 mois à 3 ans) et de paiement d'une amende (de 500 à 5000DA) ; Elle peut être révisée à la hausse par le juge compétent si cela s'avère nécessaire. Elle prend fin pour le garçon à sa majorité (19 ans), sauf s'il est atteint d'une maladie mentale, pour la fille en revanche elle prend fin à la consommation de son mariage ou alors à partir du moment où elle se trouve en mesure de subvenir à ses besoins.<sup>3</sup> Elle représente un enjeu de taille, car elle apporte un soutien financier à la femme en vue de subvenir aux besoins des enfants dont elle a la charge et la tutelle. Le montant est fixé par le juge et il avoisine en moyenne les 5000 da atteignant au maximum 10000 Da par enfants, cette pension se révèle dans la plupart des cas insuffisante, et cela en raison de l'inflation grandissante dans notre pays, qui a engendré une augmentation des prix. Dès la fixation de ce montant, il existe deux cas de figure : Versement ou non versement de la pension par le père

#### Versement de la pension :

Le mari est tenu de verser, la pension à son ex femme tous les mois, mais comme nous avons pu le constater d'après nos entretiens la somme est souvent insuffisante, contraignant la

---

<sup>1</sup> Ministère de la justice

<sup>2</sup> ONS Source statistique état civil

<sup>3</sup> Article 75 du code de la famille.

femme (la femme au foyer) à devoir trouver un travail afin d'être en mesure de subvenir aux besoins de ses enfants, comme c'est le cas de notre enquêtée. Il hème 40 ans, trois enfants, femme de ménage qui a divorcé en 2012 suite à une répudiation « *Mon ex-mari me verse tous les mois la pension. Ce qui me fait 15000 Da par mois, je n'arrive pas à joindre les deux bouts, mes enfants sont jeunes, le plus grand à 13 ans. Ils ont énormément de besoins, surtout les plus petits, 10 ans et 8 ans, la nourriture, les vêtements les soins médicaux, particulièrement pour le dernier qui a une maladie céliaque et de ce fait a besoin d'une nourriture particulière qui coûte cher. Mon ex-mari, en dehors de payer la pension, ne s'occupe pas du tout de ses enfants. Il vient les voir occasionnellement, ne leur achète jamais rien. Donc, je travaille chez une dame tous les jours, sauf le vendredi, et c'est ma mère qui s'occupe de mes enfants.* » Cette somme dans la plupart des cas ne représente qu'une contribution aux besoins des enfants. Il est à noter qu'il serait difficile d'augmenter cette somme qui peut représenter un gros budget pour certains hommes qui n'ont pas un salaire élevé, ce qui les pousserait à être dans l'incapacité de verser cette somme.

#### 1. Non versement de la pension :

Certains hommes ont du mal à verser la pension, dans ce cas la mère peut déposer plainte au pénal pour non-paiement de la pension. A ce moment donné, si l'homme ne verse pas la pension, il sera condamné à une peine d'emprisonnement d'un à deux ans environ et sera libéré de la pension, car insolvable. La pension devient par la suite une dette civile à réclamer devant les juridictions civiles, ce qui représente un parcours du combattant très coûteux pour les mères en difficulté financière, comme c'est le cas pour Imène 45 ans mère d'un garçon de 12 ans, esthéticienne « *j'ai divorcé en intentant une procédure khola ce qui m'a libéré de mon ex-mari, mais il continue de m'empoisonner la vie en portant plainte régulièrement prétextant la non-remise de l'enfant lors de ses droits de visites, ce qui est totalement faux. Par contre, lui ne verse jamais la pension prétextant que je gagne assez bien ma vie pour subvenir aux besoins de mon fils. J'ai tenté à plusieurs reprises de le faire payer de force, car je sais qu'il est en mesure de le faire. J'ai donc porté plainte à plusieurs reprises et il a fini par payer. Mais à présent je suis lassée des commissariats et des disputes, ce n'est pas bon pour l'équilibre de mon fils je préfère avoir la paix* » cette mère préfère garder sa santé mentale et celle de son enfant plutôt que de percevoir la pension avec tous ces tractas. Pour Imène le non-paiement de la pension n'a pas de conséquences désastreuses pour son

équilibre financier. Mais pour d'autres mères, ce n'est pas le cas, c'est pour cela qu'il y a urgence de créer un fond de pension alimentaire dont la mère serait bénéficiaire, dans le cas où le père refuserait ou serait dans l'incapacité de le faire (insolvable).

En cas de divorce, il incombe au père d'assurer un logement décent à la mère titulaire du droit de garde ou à défaut un loyer (Article 73) et cela depuis les derniers amendements apportés au code de la famille de 2005. Avant ces amendements, le père n'était pas tenu de procurer à la mère et à ses enfants un logement ou un loyer. Ce changement représente une avancée significative en vue d'assurer la protection de la femme divorcée et des enfants dont elle a la charge. Néanmoins, il s'avère être le parcours du combattant pour nombre de mères et sujet de conflit post-divorce, en raison de la cherté des loyers, ainsi que du désir des pères de récupérer leur logement après la prononciation du divorce ; mais aussi de la mauvaise volonté des pères qui refusent de payer à leurs ex-femmes des logements du même standing que celui dans lequel elles ont vécu jusqu'à leurs divorces. Comme c'est le cas pour Safia 37 ans trois enfants, cadre dans une entreprise *« Je suis divorcée depuis 6 ans et j'ai trois enfants deux filles de onze et neuf ans et un garçon de cinq ans. J'ai été mariée six ans, et j'ai vécu au début (2 ans) avec ma belle-famille dans une belle maison puis on a déménagé en raison de discordes avec ma belle-mère. J'ai donc habité pendant quatre ans seule avec mon mari et mes enfants dans une villa qu'il avait loué, alors qu'il a de très gros moyens financiers, c'est un industriel qui gagne bien sa vie. Je pense qu'il ne voulait pas acheter parce qu'il se doutait que nous allions divorcer. Au moment du divorce, il m'a dit : « je te loue un appartement dans une cité défavorisée de la ville, car le bail de la maison est terminé, je dois la restituer. J'ai refusé sa proposition et je vis à présent chez mes parents. Je n'ai pas fait d'histoire, car il continue à bien s'occuper de ses enfants. »*

## -2. Le droit de garde (El Hadana) :

C'est la première cause de conflit post divorce, elle signifie avoir l'autorité parentale sur l'enfant, en être responsable et avoir la capacité de le prendre en charge, de l'entretenir, et de veiller à sa scolarisation et à son éducation, et ceci, en conformité avec la religion du père et la morale.<sup>1</sup> Elle cesse à l'âge de 10 ans pour le garçon, elle peut être renouvelée par décision de justice jusqu'à l'âge de 16 ans si la mère n'est pas remariée, pour la fille elle se

---

<sup>1</sup> Article 62 du code de la famille.

maintient jusqu'à l'âge de sa capacité de mariage. Elle est obtenue par décision de justice au parent compétent et apte à l'assurer. Au moment du divorce, la mère est la première bénéficiaire et ce à condition qu'elle l'a demande dans le délai d'un an après le divorce<sup>1</sup>. Si elle renonce à ce droit ou qu'elle est dans l'incapacité de le pratiquer, la garde sera attribuée au père. Le juge compétent l'accorde donc à la personne qu'il juge être la plus en mesure de s'occuper de l'enfant, c'est donc l'intérêt de ce dernier qui prime. Depuis les amendements de 2005, la mère qui bénéficie du droit de garde assume également la tutelle cela conformément à l'article 87 alinéa 3 du code de la famille « *En cas de divorce, le juge confie l'exercice de la tutelle au parent à qui a la garde des enfants a été confiée.* ». Cet article facilite significativement le quotidien de la mère ayant obtenu le droit de garde, car comme nous avons pu le constater plus haut, les démarches administratives les plus anodines devait en passer par l'accord du père (inscription à l'école, ouverture d'un compte bancaire, etc.). Cependant, malgré la promulgation de ce texte il arrive que les femmes n'arrivent pas à faire valoir ce droit comme en témoigne l'exemple suivant : Chahinez 44 ans médecin, maman d'un garçon de 9 ans dont elle a la garde et bien entendu la tutelle : « *Chaque année je vais en voyage accompagnée de mon fils lors des vacances d'été. Et, à chaque fois, je me tiens le ventre de peur d'être confrontée à des problèmes au niveau de la PAF (Police Algérienne des frontières). Il n'est pas rare que des policiers me réclament l'autorisation paternelle afin de me permettre de voyager avec mon enfant. Je rentre alors dans de longues négociations avec eux pour leur expliquer que ce n'est pas nécessaire puisque je suis la titulaire du droit de garde, et en même temps la tutrice de mon enfant. Il est vrai que j'obtiens gain de cause à chaque fois et jamais je n'ai été refoulée, mais cela représente une épreuve pénible pour moi ainsi que pour mon fils, surtout que je sais pertinemment que les policiers sont parfaitement au courant et que j'ai le droit de voyager avec mon fils, sans autorisation paternelle. C'est une volonté délibérée de me porter atteinte.* »

#### - Le recueil légal (la kafala) :

Le recueil légal est défini par la loi comme l'engagement de prendre bénévolement en charge l'entretien, l'éducation et la protection d'un enfant mineur, au même titre que le ferait un père pour son fils. Il est établi par acte légal<sup>2</sup>. Il concerne les enfants dont la filiation est connue ou inconnue. Le kafil doit être musulman et doit avoir les capacités matérielles, physiques et psychologiques d'assurer la kafala qui confère également le droit de tutelle sur

---

<sup>1</sup> Article 68 du code de la famille.

<sup>2</sup> Article 116 du code de la famille.

son makfoul. Celà signifie que le kafil est bénéficiaire de la tutelle légale et a les mêmes droits et prestations familiales et scolaires que pour l'enfant légitime. Cependant, nombre de juristes ont remarqué, que le traitement réservé à l'enfant n'est pas identique, le juge se prononce différemment selon qu'il s'agit d'un enfant biologique ou recueilli. Cette situation est certainement la résultante du fait que la loi n'offre pas une protection suffisante à ce dernier.<sup>1</sup> En témoigne l'exemple suivant rapporté par la presse nationale :

***Ils sont soumis à autorisation d'un juge : Des enfants adoptés refoulés à l'aéroport***

*Amel, nous l'appellerons ainsi, une adolescente de 16 ans, s'est faite refoulée à l'aéroport Houari Boumediène d'Alger.*

*Avec ses parents adoptifs, elle devait s'envoler pour des vacances à l'étranger, lorsque la police des frontières a mis un terme à ce voyage. Isolée du reste des voyageurs qui étaient dans la salle d'embarquement, après avoir été privée de ses documents de voyage et ceci sans que la famille ne soit informée des raisons de ce traitement. Pourtant, la jeune fille n'en est pas à son premier voyage à l'étranger. Elle et sa sœur, également adoptée ont déjà voyagé. Le père a tenté d'en savoir plus en allant voir le commissaire pour s'enquérir de la situation. Il apprend que la jeune Amel ne peut voyager avec lui sans une autorisation du juge des mineurs.*

*C'est le choc, d'autant que depuis des années, la kafala lui donne tous les droits parentaux. Le commissaire lui montre une note de la DGSN, datée de la semaine précédente, qui exige des enfants mineurs adoptés une autorisation du juge des mineurs auquel il n'a jamais eu affaire. Il tente de prendre attache avec quelques militants des droits de l'enfance et des avocats, tous outrés par une telle mesure. Après de longues heures d'attente Amel, la fille s'est vu refuser le droit d'embarquer. Le père a dû faire le lendemain passer toute la matinée devant le bureau du juge au tribunal d'El Harrach, avant que le magistrat le reçoive et lui demande une liste de documents à fournir. Plusieurs autres parents sont dans la même situation ; en cause un nouveau document, imposé par le ministère de l'Intérieur, alors qu'au ministère de l'Intérieur, on ignore l'existence de ce dernier. Depuis quand demande-t-on à un père une autorisation du juge des mineurs pour faire voyager son fils ou sa fille de moins de 18 ans ? Ne sommes-nous pas devant une flagrante discrimination ? Lourdes et inquiétantes questions qui méritent une réponse et surtout une réaction, d'autant*

---

<sup>1</sup> L. Hanifi, La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, Thèse de doctorat d'état, Université d'Alger, Faculté de droit, 2008, p 318.

*que la mesure d'interdiction de voyage pour les mineurs adoptés intervient alors que le gouvernement refuse toujours l'accès de ces enfants au livret de famille (avec la mention marginale kafil).*

*Il est inconcevable qu'un État qui se respecte puisse prendre des décisions aussi importantes que celles liées à la liberté de circulation sans que les concernés, à savoir les citoyens, n'en soient informés et bien avant leur mise en pratique*

*Tous les militants des droits de l'homme avec lesquels nous nous sommes entretenus sont unanimes à affirmer qu'aussi bien le ministère de l'Intérieur que la DGSN n'ont le droit d'exiger une telle autorisation aux parents adoptifs que dans des cas précis, liés à l'intérêt des familles. Pourquoi les autorités ont-elles décidé que les enfants mineurs adoptés n'ont pas le droit de voyager sans l'accord du juge, violant ainsi la loi de la kafala qui donne aux parents adoptifs tous les droits, les mêmes que ceux des parents naturels ?<sup>1</sup>*

Cet article nous montre bien que malgré le fait qu'il existe une loi qui donne les mêmes droits aux enfants recueillis que ceux accordés aux enfants légitimes. Les autorités ont exigé une autorisation en contradiction avec l'article 121 du code de la famille, reste à savoir quelle en est la raison.

#### - La polygamie :

Sur le plan historique, la polygamie fut longtemps le régime général. Plus tard, elle était devenue l'apanage des riches et des notables les plus aisés en raison des contraintes économiques. Il apparaît que la principale motivation de la polygamie est s'assurer la descendance des peuples.

En Islam, la polygamie est tolérée mais loin d'être recommandée, tolérée parce qu'elle baisse le taux de célibat des femmes nubiles, diminue les cas de divorce quand la femme est stérile ou atteinte d'une maladie incurable et elle permet également de réduire le nombre d'enfants illégitimes. Mais, dans le même temps, elle se révèle être cause de conflits entre les épouses avec pour conséquence une atmosphère familiale hostile, sujette aux rivalités, où l'homme doit jouer le rôle d'arbitre entre ses épouses, elle représente donc une source de souffrances et d'instabilité pour les femmes (qui ne l'acceptent pas) et est à l'origine une dégradation des relations familiales.

---

<sup>1</sup> S. Tlemcani, Ils sont soumis à l'autorisation d'un juge : Des enfants adoptés refoulés à l'aéroport, El Watan, 26 Août 2015.

En pratique, en Algérie, la bigamie domine largement la polygamie ; elle est territorialement parlant, beaucoup plus retrouvée et forte dans les campagnes que dans les villes et, partant, de cette constatation les catégories socioprofessionnelles les plus bigames sont les agriculteurs, puis les travailleurs, les personnes inactives et les patrons<sup>1</sup>. Nous ne disposons pas de chiffres récents officiels à l'heure actuelle concernant la polygamie. Les seuls, dont nous disposons, remontent à la fin des années 80, qui établissent que 98% des hommes sont bigames. Néanmoins, il apparaît logique que la bigamie est dominante de nos jours, car la crise économique ainsi que la difficulté de se procurer un logement contribuent activement à cela.

Juridiquement, il est donc permis à l'homme de se marier avec plus d'une femme comme le stipule l'article 8 du code de la famille. « *Il est permis de contracter mariage avec plus d'une épouse dans les limites de la charia si le motif est justifié, les conditions et l'intention d'équité réunies.*

*L'époux doit en informer sa précédente épouse et la future épouse et présentait une demande d'autorisation de mariage au président du tribunal du lieu du domicile conjugal.*

*Le président du tribunal peut autoriser le nouveau mariage, s'il constate leur consentement et que l'époux a prouvé le motif justifié et son aptitude à offrir l'équité et les conditions nécessaires à la vie conjugale. »*

A la lecture de ce texte, il paraît évident que le législateur a soumis le mariage de l'homme à plus d'une femme (4 au maximum) à des conditions telles que la capacité de l'époux à entretenir matériellement ses épouses et à faire preuve d'équité est quasi irréalisable. En effet il est clair que cet élément est difficile à établir, comment savoir si le mari est équitable avec chacune d'entre elles ? Cet article met également l'accent sur l'accord de la première épouse ainsi que sur le fait d'invoquer une raison valable pour être polygame, ce qui signifie que le mari doit avoir un motif valable pour se marier plus d'une fois. A la lecture de cette partie du texte il nous semble plus que jamais qu'il revêt un aspect subjectif car ce qui peut être valable pour les uns ne l'est pas nécessairement pour les autres. Nous avons noté toutefois que malgré l'existence de ce texte qui soumet la polygamie à des conditions pré requises strictes. Il existe des mariages polygames qui ne remplissent pas ces conditions, comme en témoigne l'exemple

---

<sup>1</sup> D. Tchouar, Réflexion sur les questions épineuse du code algérien de la famille, OPU, 2004.

suivant : Nadia 40 ans mariée depuis 7 ans, maman d'un garçon de 5 ans et d'une fille de 2 ans, enseignante « *je me suis mariée il ya 7 ans et j'ai vécu depuis dans la ville de Sidi Bel Abbès. mon mari est médecin, il a récemment ouvert un cabinet médical dans une autre ville qui est sa ville d'origine, lieu où habite sa famille et j'ai refusé de le suivre car je ne m'entends pas avec elle. Il fait donc la navette tous les weekends et repart le dimanche matin jusqu'au jeudi. J'ai longtemps soupçonné qu'il avait une aventure avec une autre femme mais je n'en avais jamais eu la preuve. Un jour une jeune femme me téléphone et m'annonce qu'elle était l'épouse de mon mari depuis 3 mois, qu'elle le fréquentait depuis deux ans, et qu'elle était enceinte. Quand je lui ai dit que cela était impossible, que je devais donner mon accord au juge, elle m'a répondu que mon mari avait trouvé un moyen de le faire sans. Lorsque j'ai interrogé mon époux, il a avoué que c'était la vérité et que c'était mon refus de l'accompagner qui en était le motif. »*

Nous constatons à travers cet exemple qui n'est pas un cas isolé, qu'il est possible pour l'homme de se remarier sans l'accord de sa première épouse, ce qui est à l'encontre de l'article 8 du code de la famille. Même si nous émettons l'hypothèse que ce mariage est seulement religieux sans acte.

# Chapitre 4

## **Chapitre4 : les effets produits par le code de la famille**

### **4.1 Les effets produits par le code de la famille**

- a. La variance de la pratique du droit
- b. Le vécu par rapport à la pratique juridique

### **4.3 Le rôle de la justice dans la mise en application des textes juridiques**

- a- L'importance du juge quand au fonctionnement de l'institution judiciaire
- b- Itinéraire de la formation de juge
- c- Itinéraire professionnel d'un juge de la famille

## **Chapitre4 : les effets produits par la norme juridique : variabilité des pratiques**

Tout l'intérêt de notre démarche est de tenter de mettre en exergue la réalité des pratiques juridiques, ainsi que l'application du texte juridique.

Nous tenterons à travers ce chapitre de mettre en pratique des outils anthropologiques d'analyse, et ceci en ayant recours à des méthodes qualitatives afin d'aborder notre terrain de recherche. Cette approche exprime tout l'intérêt de notre démarche à savoir que ce que nous cherchons à mettre en exergue ce que reflètent les pratiques juridiques, à savoir comment se traduit un texte juridique sur le terrain ? Est-il pratiqué (le texte) de la façon voulue par le législateur ? Et surtout est-il appliqué de la même manière par les personnes habilitées à le faire ?

Pour y parvenir, nous avons divisé notre travail sur le terrain en deux parties et nous avons utilisé deux techniques ; la première étant de procéder à l'analyse des arrêts de la Cour suprême ce qui nous a permis d'accéder non seulement aux jugements produits par cette instance juridique mais aussi à ceux émis par les autres instances juridiques à savoir le tribunal de première instance et la Cour d'appel, et ceci en raison du fait que tous les éléments relatifs aux procédures entamées pendant le conflit sont cités dans les arrêts produits par la Cour suprême, ce qui nous a permis d'avoir une vue globale sur les pratiques juridiques et ceci durant les différents stades des conflits.

La deuxième technique est celle de l'entretien semi directif avec des personnes ayant déjà eu affaire à la justice en ce qui concerne le statut personnel, l'objectif étant de capter le vécu et les impressions de ces derniers et de connaître leur perception de la justice dans ce domaine, car il nous paraît important de connaître le ressenti provoqué par un texte de loi sur la société qu'il est censé organiser.

Dans un deuxième temps nous nous sommes intéressés à l'impact que produit le texte juridique relatif à la famille sur la condition féminine et ceci non seulement dans le code algérien mais aussi à travers le monde arabe ce qui nous permettra d'avoir des éléments de comparaison.

### **4.1 Les effets produits par le Code de la famille**

Nous allons nous intéresser dans cette partie à déterminer les effets produits par les lois relatives au statut personnel et cela au niveau des instances qui les pratiquent et c'est-à-dire comment se traduit un texte juridique quand il est appliqué par le professionnel de la justice habilité à le faire. Nous allons dans un deuxième temps nous

intéresser à la pratique juridique dans la société et d'apprécier quel impact les textes de lois ont sur les citoyens ?

**a. La variance de la pratique du droit**

Le juge compétent en matière familiale traite les conflits relatifs à la famille à savoir : les actions liées aux fiançailles, au mariage, à la réintégration au domicile conjugal, à la dissolution du mariage ainsi que de ses conséquences dans les cas et conditions prévus par le législateur ; les actions liées à l'obligation alimentaire et à l'exercice du droit de garde et du droit de visite ; les actions liées à la preuve du mariage et de la filiation ; les actions liées à la kafala ; les actions liées à la tutelle et à sa déchéance<sup>1</sup>. Le juge de ce fait, a la lourde tâche de faire appliquer les textes de lois adéquats par rapport à une situation donnée en s'appuyant sur les éléments constitutifs des conflits où il doit impérativement trancher. En résulte qu'une des preuves de la variance de la pratique du droit est le fait que la loi laisse au juge compétent le droit d'appréciation par rapport aux litiges qu'il doit résoudre, ce qui signifie qu'une même situation juridique sera interprétée de différentes manières selon le juge désigné pour trancher, alors que les textes juridiques ont comme particularité d'être généraux c'est-à-dire que ce sont les mêmes textes de lois pour tous. Nous étayons nos dires par des cas d'espèces qui semblent quasiment similaires mais où le jugement rendu n'a pas été le même. Ces cas d'espèce concernent

1. Le préjudice du à un mariage sans consommation
2. L'abandon du domicile
3. Le divorce avant consommation
4. L'infertilité de l'époux
5. Le droit de garde
6. La filiation
7. Le divorce pour violence conjugale

---

<sup>1</sup> [www.mjustice.dz](http://www.mjustice.dz), Activités judiciaire, 6 octobre 2013.

## 1. Préjudice dû à un mariage sans consommation :

Comme le stipule, l'article 52 du Code de la famille le préjudice occasionné à l'épouse doit recevoir une compensation financière, c'est-à-dire la possibilité d'indemnisation de l'épouse, comme c'est le cas de ces deux affaires, la première oppose le couple (J,m) contre (B,K,j)<sup>1</sup> ces derniers sont restés mariés une longue période sans consommer leur mariage, ce qui a occasionné un préjudice à l'épouse à savoir une perte de temps ayant pour conséquence le fait qu'elle aurait pu se marier pendant cette période. De ce fait la cour a estimé que conformément à l'article 52 du code de la famille le préjudice occasionné à l'épouse nécessite une compensation financière. Il est à noter que l'époux a tenté une action au niveau de la Cour suprême le but étant de ne pas verser de dédommagement, cependant la Cour suprême a entériné le jugement rendu par la Cour d'appel estimant qu'il était conforme à la loi en vigueur.

Le deuxième cas concerne le couple (K,s) contre (M,s)<sup>2</sup> l'épouse a revendiqué son droit de recevoir une compensation comme mentionné dans l'article 52 du Code de la famille suite aux conséquences occasionnées par un mariage sans consommation qui s'est soldé par un divorce avec pour finalité une perte de temps et potentiellement la chance de se marier. La Cour d'appel n'a pas accédé à sa demande sous prétexte que la demande de (K,S) n'a aucune base légale, alors que l'article 16 du Code de procédure civile prévoit que l'épouse bénéficie dans ce cas de figure de la moitié de sa dot. En revanche la Cour suprême a accordé à l'épouse son dédommagement s'appuyant sur le fait que la Cour d'appel a commis une faute et n'a pas appliqué les textes prévus à cet effet.

Il semble clair, après analyse de ces deux cas que les deux affaires sont quasiment similaires mais qu'elle n'ont pas eu la même issue au niveau de la Cour d'appel et ceci parce qu'elles car jugées par des cours différentes qui n'ont pas eu la même appréciation du conflit, ce qui abouti à deux jugements contradictoires l'un accordant une compensation, l'autre la refusant, par ailleurs, il est à signaler que la cour suprême n'a pas pour le premier cas accédé à la demande de l'époux d'annuler la compensation, contrairement au deuxième cas où elle a répondre positivement à la demande de l'épouse en vue de la faire bénéficier d'une compensation. Ceci illustre parfaitement le rôle de cette dernière comme instance juridique de contrôle d'application des textes.

---

<sup>1</sup> Jugement n°217179, 16/03/1999, La revue juridique, 2001, p122.

<sup>2</sup> Jugement n° 372290, 15/11 /2006, La revue juridique, 2001, p 487.

## 2. L'abandon de domicile

L'abandon de domicile (nouchouz) est considéré par la loi comme un motif de demande de divorce comme le stipule l'article 55 du Code de la famille « En cas d'abandon du domicile conjugal par l'un des deux époux, le juge accorde le divorce et le droit aux dommages et intérêts à la partie qui subit le préjudice ». Cependant le fait que l'épouse quitte le domicile familial où elle habite avec son époux ne constitue pas un abandon de domicile au motif qu'il ne s'agit pas du domicile conjugal, mais plutôt d'un espace d'habitation commun. C'est ce que nous retrouvons dans les deux affaires suivantes où les juges de deux cours d'appel différentes, n'ont pas tiré les mêmes conclusions après le traitement des dossiers par rapport à deux affaires quasiment similaires mais aux jugements totalement contraire :

C'est ainsi que pour la plaignante (S,F) contre son époux (S,A)<sup>1</sup>, le tribunal de la ville de Khenchela ainsi que la Cour d'appel de la ville d'Oum Bouagui, ont estimé que le refus de l'épouse d'habiter avec sa belle-famille constitue l'un des cas prévu par la loi en vertu de l'article 55 de demande de divorce, ainsi que le droit aux dommages et intérêt pour l'épouse. De ce fait, ces instances juridiques ont accordé le divorce à l'époux sous ce motif ainsi que des dommages et intérêts.

La deuxième affaire oppose l'époux (L,a) à son épouse (K,f)<sup>2</sup>. Ce dernier fait appel au jugement du tribunal et de la Cour d'Alger qui prononce le divorce au détriment de l'époux parce qu'il occasionne un préjudice aux intérêts de l'épouse lui imposant de verser la somme de 50.000DA comme compensation et 20.000DA pour le logement ainsi que 2000DA de pension, ne prenant pas en compte la demande de l'époux d'obtenir le divorce en raison de l'abandon du domicile conjugal par son épouse. La cour à travers cette décision n'a pas estimé valable le fait que l'épouse ait quitté le domicile familial, constitue un abandon de foyer ; de ce fait elle a prononcé un jugement favorable pour cette dernière.

La comparaison de ces deux affaires reflète bien la différence et la difficulté d'évaluer et de traiter les faits au regard de la loi par ces deux instances juridiques, d'une part nous avons la cour d'Oum Bouagui qui a estimé que le refus de l'épouse de vivre dans la maison familiale constitue un cas d'abandon de famille conformément à l'article 55 du Code de la famille, contrairement à la Cour d'appel d'Alger qui a prononcé un jugement contraire. La Cour suprême quant à elle, est allée dans le sens du respect du principe du droit de la femme de

---

<sup>1</sup> Jugement n°251682, 21/11 /2000, La revue juridique, 2001, p290.

<sup>2</sup> Jugement n°364855, 12/07/2006, La revue juridique, 2001, p469.

refuser d'habiter dans un espace commun avec sa belle-famille, il en résulte pour la première affaire l'accord de la demande de la plaignante dans ses aspects formels et dans le fond c'est-à-dire que son refus ne constitue pas un motif à demande de divorce par l'époux. La deuxième affaire s'est soldée par un refus dans le fond à l'encontre de l'époux demandant l'annulation des décisions de justice précédentes, en lui refusant un divorce pour abandon de famille de son épouse et en prononçant un divorce abusif à son encontre avec obligation d'indemnisation.

Il est à noter qu'au cours de nos recherches, nous avons remarqué, que le thème de l'abandon de domicile était récurrent et ceci particulièrement quand il s'agit de la femme, par ailleurs il est à constater que l'article 55 du Code de la famille ne concerne pas uniquement cette dernière, mais plutôt les deux époux, il est à constater qu'il est difficile pour les justiciables de comprendre que le nouhouse au sens religieux du terme ne veut pas dire la même chose que l'abandon de domicile du point de vue de la loi, dans le sens où ce dernier est défini par l'Islam comme étant à remplir

Nous en concluons que ce terme diffère d'une école à l'autre et d'un courant à l'autre ; c'est pour cette raison qu'il est difficile d'apporter une définition claire contrairement au nouhouse qu'au sens juridique signifie l'abandon de domicile sans motif valable. Nous avons pu remarquer également que même au sein des instances juridiques le même phénomène se répète, ce qui a pour résultante, la production d'une jurisprudence qui varie comme nous allons le démontrer dans les affaires suivantes :

- Affaire (H,n) contre ( B,m)<sup>1</sup>, L'épouse a fait appel du jugement produit par le tribunal de Tolga en date du 28/11/1983 et également par la Cour d'appel de la wilaya de Biskra en date du 31/12/1984 et qui n'accorde aucune compensation à la femme au motif qu'elle a quitté le domicile conjugal, ceci justifiant tout à fait la demande de divorce introduite par son mari. La Cour suprême quant à elle, a estimé que quitter le foyer conjugal avec pour raison le refus de l'épouse de cohabiter avec la seconde épouse ne constitue pas un cas d'abandon de famille, c'est pour cette raison que la cour a transmis le dossier à la cour de Batna pour trancher.
- Affaire (A,s) contre (Ch,z)<sup>2</sup>, l'époux a fait appel du jugement rendu par la Cour d'appel de Sétif qui se trouve être en contradiction avec le jugement de première

---

<sup>1</sup> Jugement n°45311, 09/03/1987, La revue juridique 1990, n°3, p61.

<sup>2</sup>Jugement n°75588, 20 /02 /1991, La revue juridique1993, n°4, p78.

instance, en effet ce dernier établit le divorce des deux parties au dépens de l'époux, car contrairement au tribunal de première instance, le fait que l'épouse est quitté le domicile conjugal, pour violence conjugale ne constitue pas un cas d'abandon de foyer tel, que prévu par la loi, dans ce cadre la Cour suprême n'a pas accédé à la demande d'appel du plaignant et a entériné le jugement produit par la Cour d'appel de Sétif qui se révèle être conforme à la loi.

- Affaire (M,n) contre (D,a,k)<sup>1</sup>, l'époux a fait appel du jugement rendu par la Cour d'appel de Sétif daté du 10/07/1990 qui établit le divorce des deux parties en raison de l'abandon de famille de l'épouse comme le stipule l'article 55 du Code de la famille et ceci sans motif valable. Cependant la Cour d'appel a annulé le dédommagement octroyé par le tribunal de Bordj Bou Arreridj daté du 13/12/1989 qui devait être versé à l'époux, et ceci au motif que ce dernier (le dédommagement) ne pouvait être donné que s'il y avait eu un préjudice pour le mari, suite à l'abandon de domicile. Or la Cour d'appel a estimé que le préjudice avait pour cause le divorce et non pas le fait que la femme ait quitté le foyer conjugal et que l'article 55 ne pouvait être appliqué dans ce cas de figure et ceci conformément à la charia, parce que le préjudice pour divorce ne pouvait être octroyé qu'à l'épouse. Il est à noter que la réaction de la cour a été d'annuler ce jugement en partie et ceci concernant le dédommagement du mari car la Cour d'appel a fait une erreur lorsqu'elle a retiré la compensation à l'époux au motif que l'on ne pouvait pas dédommager l'époux d'un divorce. Or, la loi est claire à ce sujet : si l'abandon de famille est clairement établi comme c'est le cas dans notre affaire, le juge doit accorder le droit au dommage et intérêt à la partie qui a subi le préjudice. Nous en concluons que le jugement émis par la Cour d'appel de Borj Bou Arreridj est contraire à la loi et clairement discriminatoire, puisque il prive l'homme de son droit au dédommagement, conformément à l'article 55 du Code du statut personnel et ceci au motif qu'un homme ne peut être dédommagé pour son divorce.
- Affaire (W,s) contre (D,t)<sup>2</sup>, l'épouse a fait appel du jugement rendu par la cour d'appel de Msila (21/12/1996) qui entérine le jugement produit par le tribunal de la même ville, ce dernier établit l'abandon de famille de cette dernière et ceci en faisant l'impasse sur la raison qui a motivé cette réaction, à savoir que l'époux s'est remarié avec une deuxième femme sans l'avertir et ce qui a provoqué l'abandon du foyer se

---

<sup>1</sup> Jugement n°90947, 27 /04 /1993, La revue juridique1994, n°2, p71.

<sup>2</sup> Jugement n°184055, 17 /02 /1998, La revue juridique1998, n°2, p85.

déclare prête à revenir au domicile familial, seulement si l'époux le lui demande en se déplaçant chez elle et ceci afin de lui restituer sa dignité, action que le mari n'a pas réalisée, il nous paraît évident que la Cour d'appel a fait une erreur lorsqu'elle a estimé que la femme était en situation de nouhouse, c'est pour cette raison que la Cour suprême a clairement établi que l'épouse n'était pas en situation de nouhouse puisqu'elle avait émis le vœux de réintégrer le domicile familial à condition que l'époux vienne le lui demander au domicile de ses parents, ceci ne peut en aucun cas être considéré comme un abandon de famille, c'est pour quoi la Cour suprême a annulé le jugement produit par la Cour d'appel de Msila et ceci sans le retransmettre et a chargé l'époux de régler les frais juridiques.

- Affaire (D,m) contre (D,a)<sup>1</sup>, la plaignante a fait appel du jugement rendu par la Cour d'appel de Ouargla (27/04/1997) qui a entériné le jugement du tribunal de la même ville (07/12/1996) qui a prononcé le divorce entre les deux parties et le droit aux dommages et intérêts à l'époux et ceci fait de l'abandon de domicile de son épouse. Les deux instances juridiques ont pris cette décision sans tenir compte du fait que la femme a abandonné le domicile conjugal pour parce que son époux l'a traité de malade mentale, et a demandé le divorce dans un premier temps pour cette raison (maladie mentale), puis dans un deuxième temps il s'est rétracté et a demandé à son épouse de réintégrer le foyer conjugal et ceci afin d'éviter la responsabilité du divorce, la réaction de la femme a été de s'abstenir de rejoindre le domicile, en raison de ce refus le tribunal puis ensuite la Cour d'appel ont estimé qu'il s'agissait d'un abandon du foyer conjugal et que l'épouse devait en vertu de l'article 55 verser un dédommagement à son époux estimé à cent cinquante mille dinars, puis ce chiffre a été réévalué et baissé à soixante milles dinars, ceci sans prendre en compte les éléments apportés par la femme. Après avoir pris en considération les raisons invoquées par l'épouse, la Cour suprême a statué en sa faveur, a rejeté la demande du mari et a retransmis l'affaire à la même Cour d'appel mais avec des motifs différents en justifiant que l'épouse avait une raison valable pour avoir quitté le domicile conjugal (insulte) et que la démarche intentée par l'époux à savoir demander la réintégration de sa femme au foyer conjugal n'était qu'une ruse pour ne pas endosser la responsabilité du divorce. Il est donc à noter que les juges de la première instance et de la deuxième instance ont fauté lorsqu'ils ont appliqué l'article

---

<sup>1</sup> Jugement n°189324, 19/05/1998, La revue juridique 2001, numéro spéciale, p147.

55 du Code de la famille et ceci sans avoir pris en considération les éléments apportés par l'épouse.

- Affaire (N,a) contre (B,a)<sup>1</sup>, l'époux fait appel du jugement rendu par la Cour d'appel d'Oran (09/12/1996) qui annule le jugement rendu par le tribunal d'Arzew (17/07/1996), ce dernier établissant le divorce entre les deux époux en faisant porter la responsabilité au mari en justifiant cela par le fait que l'époux avait quitté le domicile conjugal et que conformément à l'article 55 du Code de la famille, il était dans l'obligation de dédommager son épouse suite au préjudice subi. La Cour suprême a estimé que la Cour d'appel avait appliqué la loi en décrétant le divorce à la responsabilité de l'époux puisque ce dernier a quitté le domicile familial et a refusé d'assurer à son épouse un foyer autonome, c'est pour cette raison que le dossier a été refusé en chargeant l'époux des frais de justice.
- Affaire (L,a) contre (D,f)<sup>2</sup>, le plaignant fait appel du jugement rendu par la Cour d'appel d'Alger (02/12/2003) qui va dans le même sens que le jugement rendu par le tribunal (30/10/2002), qui établit le divorce entre les deux parties, reconnaissant la responsabilité de l'époux, le contraignant à verser des dédommagements à son épouse et ceci suite au préjudice subi en raison du remariage de l'époux. Il est à constater que l'époux a basé sa démarche sur le fait qu'il a demandé à sa femme de réintégrer le domicile conjugal mais devant son refus, il a demandé l'application de l'article 55 du Code de la famille. la réaction des instances juridiques a été d'établir que la femme avait refusé de réintégrer le domicile conjugal pour une raison en l'occurrence valable, son refus de cohabiter avec la deuxième épouse de son mari, élément qui ne peut être considéré comme un nouchouse. La réaction de la Cour suprême fut d'entériner le jugement précédant car conforme à la loi en rejetant l'appel du mari et en le chargeant des frais juridiques occasionnés par son action.
- Affaire (Z,m) contre (L,d)<sup>3</sup>, le plaignant fait appel du jugement rendu par la Cour d'appel de Bejaia (16/07/2003), qui a prononcé le divorce entre les deux parties mais sans prendre en considération la responsabilité de l'épouse qui est en situation avérée d'abandon de famille, et ceci malgré la demande de réintégration qui lui a été notifiée par l'huissier de justice. C'est pour cette raison que le jugement de la Cour aurait dû être en faveur de l'époux en vertu de l'article 55 du Code de la famille dans le sens où il aurait dû bénéficier d'un dédommagement suite à l'abandon de foyer de son épouse.

---

<sup>1</sup> Jugement n°189226, 21 /04 /1998, La revue juridique2001, numéro spécial, p144.

<sup>2</sup> Jugement n°364855, 12 /07 /2006, La revue juridique2006, n°2, p469.

<sup>3</sup>Jugement n°345125, 12 /10 /2005, La revue juridique2006, n°61, p332.

Et C'est pourquoi que la Cour suprême a accepté de traiter cette demande d'appel dans la forme et dans le fond, puisqu'elle estime que la Cour d'appel de Bejaia n'a pas appliqué correctement la loi, de ce fait le dossier a été retransmis à la même Cour d'appel mais avec une composante différente, et charge l'épouse à régler les frais de justice.

- Affaire (B,m) contre (B,ch)<sup>1</sup>, l'époux a fait appel du jugement rendu par la Cour d'appel de Constantine( 06/05/2009) qui est dans la continuité du jugement rendu par le tribunal de Zirout Youcef (21/01/2009) qui établit le divorce entre les deux parties à la responsabilité de l'époux, octroyant à la femme une compensation suite au préjudice subi, ce que réfute le plaignant puisqu'il assure que son épouse est en situation d'abandon de famille, fait que conteste l'épouse puisqu'elle assure vouloir réintégrer le foyer mais en vivant séparée des enfants majeurs de son mari. La Cour suprême a estimé que le jugement rendu par les instances juridiques était tout à fait justifié car la femme avait une raison valable pour avoir quitté le domicile conjugal. Elle désirait un logement séparé de sa belle-famille, en définitive, la demande d'appel a été rejetée dans le fond, et les frais de justice sont à la charge du plaignant.

De ces quelques exemples, nous pouvons conclure que l'abandon du domicile conjugal 'nouchouz' constitue un sujet de droit qui engendre énormément de variances au sein des institutions judiciaires, à savoir que l'interprétation de ce dernier varie d'un juge à l'autre. Ce qui peut être un motif valable d'abandon de foyer peut ne pas l'être pour un autre, nous soulevons également le fait que ces cas d'abandon de domicile se concentrent majoritairement sur l'épouse, sachant que le texte juridique concerne bien évidemment les deux puisque nous constatons que même en cas d'abandon avéré de la femme, les juges sont assez réticents à accorder le dédommagement prévu à l'époux car détenteur de l'autorité, ce qui se révèle être inégalitaire puisque le texte est clair à ce sujet.

### 3. Le divorce avant consommation :

Dans ce cas de figure, il incombe à l'épouse de rendre la moitié de la somme qu'elle a reçu pour sa dot à son ex-époux contrairement au cas où le couple aurait consommé le mariage, dans ce cas l'épouse n'est pas tenue de rendre sa dot comme le précise l'article 16 du Code de procédure civile. Nous verrons dans les deux affaires suivantes que le litige se place à ce niveau mais que le traitement des deux conflits diffère.

---

<sup>1</sup> Jugement n°653323, 10 /11 /2011, La revue juridique2012, n°2, p234.

La première affaire concerne la plaignante (B,l) contre son époux (Y,m,s)<sup>1</sup>, cette dernière réclame la moitié du montant de sa dot en raison d'un divorce avant consommation, de ce fait elle fait appel au jugement délivré par la Cour d'appel de la ville de Constantine, qui a jugé que le montant de la dot devait être rendu, parce que le divorce a été voulu et demandé par l'épouse et ceci en se référant à l'article 5 du Code de la famille, ce qui constitue une erreur de la part de la cour qui concerne les fiançailles « .....Si la renonciation est du fait de la fiancée elle doit restituer au prétendant ce qui n'a pas été consommé. » . Or, dans ce cas de figure il existe bien un acte de mariage entre les époux, cela signifie que l'épouse qui a reçu la somme de 35000 Da devrait en garder la moitié.

La deuxième affaire concerne (Ch,n) contre son époux (H,ch)<sup>2</sup>. La plaignante conteste le jugement délivré par la Cour d'appel de la ville de Tlemcen qui retire intégralement la dot à cette dernière et ceci pour violation de l'article 16 du Code de procédure civile, en basant sa décision sur le fait que la séparation entre les deux parties est le fruit d'une annulation de mariage, par conséquent la femme ne doit pas bénéficier de sa dot. Il est à noter que cette déduction se révèle fautive car il ne s'agit pas dans ce cas de figure d'une annulation de mariage, mais d'un divorce avant consommation, ce qui veut dire que la plaignante devrait pouvoir bénéficier de la moitié de la somme qui constitue sa dot.

La conclusion, après étude de ces deux affaires est la suivante : les deux instances juridiques ont en commun une mauvaise interprétation par rapport au fait juridique concernant ces deux conflits, il en résulte une mauvaise application des textes. Cependant chacune d'entre elle a fait sa propre analyse des faits contenus.. Pour la première la cour a appliqué un texte qui concerne les fiançailles alors que c'est d'un mariage dont il s'agit. La deuxième, quant à elle, a estimé qu'il s'agissait d'une annulation de mariage alors que cela concerne un divorce avant consommation'. Dans les deux cas les plaignantes se retrouvent privées de la moitié de la somme reçue pour la dot, mais pour des raisons différentes, qui en réalité sont similaires. La réaction de la Cour suprême a été d'accéder aux demandes des plaignantes. Pour la première elle a retransmis le dossier à la même cour d'appel de Constantine mais avec une formation différente. Pour la deuxième elle a annulé le jugement de la cour de Tlemcen et ceci sans le lui retransmettre.

---

<sup>1</sup>Jugement n°96801, 16/10/1993, La revue juridique, 2001, p266.

<sup>2</sup> Jugement n°143725, 24/09/1996, La revue juridique, 2001, p269.

#### 4. Infertilité de l'époux :

Le Code de la famille a établi un certain nombre de situations où il est permis à l'épouse de demander le divorce, l'une de ces causes est conforme à l'article 53 du Code de la famille, je cite « Il est permis à l'épouse de demander le divorce pour les causes ci-après telle que :.....**Pour infirmité empêchant la réalisation du but visé par le mariage.....** » Il paraît clair que l'infertilité de l'époux constitue l'une de ces causes, car l'article 4 du Code de la famille considère que fonder une famille représente l'un des buts du mariage. De ce fait, il est permis à la femme d'intenter une demande de divorce pour ce motif comme nous allons le constater dans les affaires suivantes :

Affaire (B,a) contre son épouse (B,k)<sup>1</sup>. Suite à la demande de divorce déposée, entreprise par l'épouse (B,k) pour raison d'infertilité avérée de son époux, la Cour d'appel de Mascara a accédé à la demande de cette dernière, en prononçant le divorce, et en lui accordant le versement de 10.000DA de réparation et de 300DA de pension alimentaire. L'époux suite à cela a intenté une action au niveau de la Cour suprême afin de préciser qu'il n'a aucun moment voulu et demandé le divorce, et qu'il ne comprend pas pour quelle raison la cour a ordonné le versement d'une compensation. La réponse de la Cour suprême fut d'entériner le jugement de divorce, mais d'annuler la réparation de 10.000Da accordée à l'épouse.

La deuxième affaire concerne (D,b) contre son épouse (R,h). L'époux conteste à travers son action le jugement rendu par le tribunal de première instance de Chréa qui accorde le divorce à son épouse en raison de l'infertilité avérée de ce dernier. D,b s'appuie dans cette démarche sur le fait que la charia ainsi que la jurisprudence considère qu'il faille après l'annonce de l'infertilité laisser à l'époux du temps ( la durée d'une année ) pour tenter de se traiter sans que la femme ne puisse divorcer, mais après ce délai elle peut le faire. La Cour suprême a considéré qu'une durée suffisante (5 ans) s'était écoulée entre le moment du mariage et celui de la demande de divorce en résulte un refus et un maintien du jugement rendu par le tribunal, s'y ajoute la prise en charge des frais de justice par l'époux.

Il est à noter que les deux instances juridiques à savoir la cour d'appel de Mascara et le tribunal de Chréa ont accordé aux deux femmes le droit de demander et d'obtenir le divorce pour raison de l'infertilité de l'époux et ceci conformément à l'article 53 et l'article 4 du Code de la famille. Cependant la cour d'appel de Mascara a fait une erreur en accordant à (B,K) une compensation financière s'élevant à 10.000Da estimant que cette situation a occasionné un

---

<sup>1</sup> Jugement n°87301, 22/12/1992, Revue juridique de 1995,n°2, P92.

préjudice à cette dernière. Ce qui représente une erreur d'interprétation de la loi selon l'article 52 du Code de la famille qui prévoit qu'en cas de divorce abusif de l'époux engendrant un préjudice à l'épouse ce dernier est dans l'obligation de lui verser une réparation, sous forme de compensation financière, cette situation est totalement différente des faits contenus dans notre conflit. C'est pour cette raison que la cour suprême a entériné les décisions de divorce, mais annulé celle de la compensation financière pour divorce abusif accordée à l'épouse par la Cour d'appel de Mascara et ceci conformément aux textes juridiques prévus à cet effet.

### 5. Le droit de garde :

Les principes de la charia stipulent qu'en cas de déménagement de la mère tutrice des enfants dans un pays étranger, la garde revient instantanément au père et ceci dans le cas où la distance qui sépare le père de ses enfants excède trois cent kilomètres. Le Code de la famille quant à lui n'a pas fait du déménagement en pays étranger une raison systématique pour déchoir le parent titulaire du droit de garde laissant au juge la possibilité de prendre en compte l'intérêt de l'enfant article 69 du Code de la famille « *Si le titulaire du droit de garde désire élire domicile dans un pays étranger, le juge peut lui maintenir ce droit de garde ou l'en déchoir en tenant compte de l'intérêt de l'enfant* ». Les deux affaires suivantes montrent bien les différences d'interprétation qui existent au sein du système juridique algérien.

Il est à noter que les deux affaires remontent respectivement à l'année 1982 et à l'année 1983 où il n'existait pas encore de Code de la famille et où les principes de la charia représentaient le référent :

Dans l'Affaire (W.m) contre (W.w)<sup>1</sup> la plaignante a fait appel du jugement émis par la Cour d'appel de la wilaya de Tiaret qui donne à son ex époux le droit de garde de ses deux filles et qui lui octroie à elle, le droit de garde de ses deux garçons. La cour s'est appuyée sur le fait que la mère avait élu domicile à l'étranger et à une distance excédant trois cent kilomètres, limitée par la charia, cette dernière étant de trois cent cinquante kilomètres. La plaignante a basé son appel sur le fait que trois cent kilomètres, il y a plusieurs siècles où il n'existait pas de moyens de transport aussi développés qu'aujourd'hui, ne représentent pas les mêmes contraintes. La cour suprême a eu pour réaction le refus de cet

---

<sup>1</sup> Affaire n°26693, 25-01-1982, Revue juridique 1988, numéro spécial, p251.

appel, se basant sur le fait que ce n'était pas la difficulté de voyager qui posait problème mais l'incapacité du père à veiller de façon continue sur ses enfants.

La deuxième affaire concerne (B.m) contre(B.r)<sup>1</sup> dans cette affaire le père a fait appel par le biais de son avocat suite au jugement délivré par la Cour d'appel de Constantine octroyant le droit de garde à la mère, alors que celle-ci réside dans un pays étranger éloigné du lieu de résidence du père, la cour tient également l'époux pour responsable du divorce qui a causé un préjudice à l'épouse, en résulte des compensations financières que doit verser l'époux à son ex épouse. L'époux a répliqué et établi sa défense sur le fait que sa femme avait des mœurs légères, et un comportement inapproprié le contraignant à demander le divorce et qu'en réalité sa demande ne devait pas être qualifiée d'abusives, ce dernier et en se basant sur le fait que l'épouse résidait à l'étranger avec ses parents. L'épouse désire récupérer la garde de ses enfants.

La réponse de la Cour suprême fut de remettre en cause le jugement de la cour d'appel de Constantine en partie, et ceci concernant les réparations accordées à la femme, en a résulté la retransmission du dossier à la même Cour d'appel mais avec une autre composition, cependant l'attribution de la tutelle à la mère ne fut pas remise en cause. Nous analysons la sauvegarde du droit de garde à la mère par le fait que cette dernière a pris en compte l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il paraît clair après l'analyse de la réaction de ces deux cours d'appel, celle de Tiaret et celle de Constantine, que ces deux dernières n'ont pas fait la même analyse des situations données. La première a basé sa décision sur le fait que l'éloignement de la mère constitue un motif valable pour empêcher l'épouse d'exercer son droit de garde ce qu'a entériné la Cour suprême, par contre la deuxième a adopté l'attitude opposée en octroyant le droit de garde à la femme et ceci malgré l'éloignement, décision entérinée elle aussi par la Cour suprême. En résulte deux attitudes contradictoires ceci de la Cour d'appel ou au niveau de la Cour suprême, ce qui peut s'expliquer par l'absence de texte à l'époque, qui a engendré une variance dans l'interprétation que fait le juge face aux faits et de sa préoccupation première, la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant et c'est le texte de loi promulgué par la suite qui œuvre dans le même sens. Il est cependant à noter que la décision de la Cour suprême concernant la deuxième affaire s'appuie sur le texte juridique puisque la Cour d'appel de Constantine a rendu sa décision avant la promulgation de loi

---

<sup>1</sup> Affaire n°43594, 22-09-1986, Revue juridique 1988, numéro 44, p175.

(15-12-1983) par contre la Cour suprême a rendu sa décision le 22-09-86) c'est-à-dire après la promulgation du Code de la famille.

#### 6. Filiation :

L'article 41 du Code de la famille établit que « *l'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal, de la possibilité des rapports conjugaux,.....* » l'enfant est de ce fait affilié au père tant que le mariage est établi et il le reste s'il naît dans une durée de 10 mois après la séparation (Art 43). Il est donc à noter que le père ne peut se dérober de verser la pension alimentaire à la tutrice d'un enfant naît dans ces délais, comme le montrent les deux affaires suivantes :

Affaire (K,b) contre (F,f)<sup>1</sup>, L'époux a fait appel du jugement délivré par la Cour de Saida qui a entériné par ailleurs le jugement du tribunal de El Bayadh et ceci en raison du fait que ces deux instances juridiques ont reconnu une petite fille née après un divorce qui a duré 16 mois au dénommé (K,b). Ce dernier base sa demande sur le fait qu'il déclare avoir été séparé de son épouse durant cette période, et refuse de payer la pension alimentaire. La réaction de la Cour suprême a été de rejeter cet appel ne s'appuyant sur aucune base légale.

La deuxième affaire concerne (K,f) contre (N,m), L'épouse a fait appel du jugement rendu par la Cour d'appel de Laghouat qui a entériné le jugement du tribunal de la même ville, qui n'établit pas la filiation de sa fille à son ex époux, cette dernière étant née après le divorce, il faut savoir que cette dernière était enceinte pendant la durée des procédures mais qu'elle ne l'a pas déclaré à son époux, et ceci, au motif qu'elle ne savait pas. La Cour suprême a estimé dans cette affaire que le fait que l'épouse n'ait pas déclaré sa grossesse pendant la procédure du divorce parce qu'elle l'ignorait, était un motif recevable. En l'absence de procédure légale afin de désavouer la paternité et le fait que l'enfant étant né six mois après le divorce, ce dernier doit donc être affilié à (N,m) car considéré par la loi comme sa fille conformément à l'article 41 et ceci jusqu'à preuve du contraire. Le verdict fut dans ce cadre d'accéder à la demande de la plaignante en retransmettant ce dossier à la même Cour d'appel avec une composition différente.

Pour conclure , l'analyse de ces deux affaires pourtant similaires n'a pas donné lieu au même jugement, pour la Cour d'appel d'El Bayedh l'enfant qui est né dans une durée

---

<sup>1</sup> Affaire 44521, 09-02-1987, Revue juridique 1988, numéro 44, p161.

légale de 10 mois après le divorce, doit être affilié au père et ceci peut importe la durée de la procédure de divorce, c'est la décision judiciaire de séparation qui représente le début de la période déterminée par le législateur, par contre la Cour d'appel de Laghouat ne voit pas les choses de la même manière, car elle estime qu'un enfant né après le divorce même dans les délais prévus par le législateur, ne doit pas être affilié au père. Ce jugement est considéré par la Cour suprême comme étant contraire non seulement à la loi mais aussi à la charia.

### 7. Divorce pour violence conjugale

Il est permis à l'épouse de demander le divorce pour tout préjudice légalement reconnu (Article 53) , la violence conjugale fait partie et est également reconnue puisque tout homme blessant sa femme peut être puni d'une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 20 ans, en fonction de la gravité des blessures.

C'est dans ce cadre que se situent les deux affaires qui suivent :

La première oppose (B,h) contre (Z,l)<sup>1</sup> l'époux fait appel au jugement émis par la Cour d'appel d'Alger, qui allait dans le sens contraire du jugement rendu par le tribunal d'Hussein Dey (Alger), qui prévoit que le divorce prononcé entre les deux époux se révèle être en faveur de l'épouse, en lui octroyant des compensations ainsi que la garde de ses enfants et cela suite aux préjudices subis par cette dernière, la Cour d'appel s'est basée pour cela sur un certificat médical pour coups et blessures fourni par la femme. L'époux conteste cette accusation en affirmant qu'il n'était pas l'auteur de ces blessures et que le certificat révèle la présence de lésions, mais en aucun cas qu'il était l'auteur des blessures dont l'accuse la femme. La réaction de la Cour suprême fut d'accéder à la demande du mari en annulant le jugement de la Cour d'appel et en statuant sur le dossier sans le retransmettre à la Cour d'appel, et en chargeant l'épouse de payer les frais de justice.

Affaire (B,k) contre (B,t)<sup>2</sup> l'époux fait appel du jugement produit par le tribunal d'El Harrach (Alger) et qui prononce le divorce des deux parties et octroie des compensations financières à l'épouse et cela pour préjudice, à savoir la violence conjugale , l'époux conteste donc la décision du juge en s'appuyant sur le fait que le certificat médical octroie à la femme une incapacité de 3 jours qui d'après lui n'est pas une durée suffisante pour

---

<sup>1</sup> Affaire 52278, 02-01-1989, Revue juridique 1990, numéro 4, p59.

<sup>2</sup> Affaire 222134, 18-05-1999, Revue juridique 2001, numéro spécial, p126.

justifier la décision du juge, de plus, ce certificat atteste de la présence de blessures mais pas n'identifie aucunement leurs auteurs, il nie donc avoir fait preuve de violence envers son épouse, parce que le certificat en question a été fait le 28-02-1998 et que l'épouse a quitté le domicile conjugal le 02-02-1998. La réaction de la Cour suprême fut d'appuyer la décision du juge après avoir estimé que ce n'est pas la durée d'incapacité qui détermine le préjudice mais plutôt les dommages occasionnés à la femme. C'est pour cette raison que la Cour suprême a refusé la demande d'appel introduite par l'époux et l'oblige à s'acquitter des frais juridiques.

Il est à constater que ces deux affaires diffèrent dans une certaine mesure des affaires précédemment traitées, dans le sens où ceux les arrêts de la Cour suprême qui sont différents, alors que les conditions sont quasi similaires à savoir que dans la première affaire l'instance juridique a considéré que vu l'absence de preuves impliquant l'époux face aux lésions observées chez l'épouse, le divorce ne peut se faire aux dépens de ce dernier. Concernant la deuxième affaire la décision va dans le sens opposé, elle estime (la Cour) que la preuve apportée par la femme et qui est la même que dans l'affaire précédente, est suffisante pour que le préjudice légalement reconnu soit établi. Il est à constater que ces deux affaires ont été jugées avant la promulgation du texte de loi criminalisant la violence conjugale contre les femmes (2015).

En conclusion, il semble évident que la pratique juridique varie d'un tribunal à un autre et d'un juge à un autre selon l'interprétation réalisée par le professionnel de la justice de la loi et selon l'impact que produit le conflit sur sa personnalité, ceci a pour conséquence d'engendrer une sorte de pluralité au sein des décisions de justice à l'origine d'une variance dans les pratiques juridiques. Ces décisions ne doivent pas être nécessairement interprétées dans un mauvais sens, car la liberté d'appréciation et d'interprétation laissée au juge peut se révéler bénéfique pour la pratique juridique, car la société est plurielle, et il incombe donc au juge de s'adapter aux situations. Cependant cette pratique peut se révéler mauvaise si cette interprétation ne correspond pas à la volonté du législateur. Dans ce cadre la Cour suprême se révèle être une instance de régulation qui s'attelle à faire respecter les textes de loi tels que prévus.

#### **b. Le vécu par rapport à la pratique juridique**

Cette partie de notre travail s'intéresse aux pratiques juridiques au sein de la société à savoir la participation des textes juridiques et leurs pratiques et ceci par le biais de la méthode

de l'entretien réalisé auprès d'enquêtés avec pour point commun d'avoir un jour été confronté à la justice pour raison familiale et plus précisément pour un divorce et pour les effets de ce dernier, à savoir le droit de garde, le droit au logement. Nous avons cloisonné et balisé notre champ de recherche au divorce et à ses effets avec pour objectif d'approfondir le sujet, car il est très difficile de s'intéresser à tous les sujets cités dans le Code de la famille et d'en faire une étude qualitative. Nous justifions notre choix également par le fait que ces sujets représentent la majorité des litiges.

Pour cela, nous avons sélectionné 10 cas, soit 5 hommes et 5 femmes, cet échantillon est reparti selon l'âge, le sexe, et le milieu social. Nous avons interrogé nos enquêtés grâce à un guide d'entretien qui tente de faire la lumière sur la personnalité de nos enquêtés, ainsi que sur leur milieu socio-culturel leur niveau d'instruction, mais également sur la ou les raisons qui les ont conduits à faire appel ou à être appelés devant la justice des affaires familiales. Il est à noter que nous nous sommes bien évidemment intéressés à :

- L'étude de la manière dont les jugements ont été rendus et leurs pratiques.
- L'évolution des impressions face aux verdicts et leurs applications

### Un sentiment d'injustice :

Afin de savoir quel est le ressenti de nos enquêtés par rapport aux verdicts rendus par les instances juridiques, la question suivante leur a été posée : vous sentez-vous victime d'injustice ? Nous avons également tenté de savoir qu'elle a été la réaction de notre échantillon, en cas de réponse positive et avons donné deux choix de réponse, la première étant la résignation et la deuxième trouver des solutions. Les réponses à ces deux questions se sont révélées être très intéressantes comme l'indique le tableau qui suit

Les réponses Les questions	Hommes		Femmes	
	Oui	Non	Oui	Non
Vous sentez vous victime d'injustice	4	1	5	0
	Résignation	Lutte	Résignation	Lutte
La réaction	2	2	3	2

Tableau 1 : Etude du sentiment d'injustice et de la réaction face à ce dernier

Comme nous pouvons le constater, dans le tableau le sentiment d'injustice est largement partagé par la grande majorité de notre échantillon, tous sexes confondus à savoir que la totalité des enquêtés de sexe féminin se sent lésée par le verdict du tribunal par ailleurs les hommes interrogés partagent le même sentiment avec une grande majorité ayant répondu oui à cette question. Il est à noter que par rapport aux réactions face à cette situation les femmes en majorité réagissent afin de trouver des solutions pour améliorer leurs conditions, alors que pour les hommes les réponses sont de ne pas réagir à 50% et de trouver des solutions pour 50% d'entre eux.

Confrontés au sentiment général d'injustice ressenti par nos enquêtes deux questions se posent à nous ::

- Les raisons de ce sentiment ?
- Les réactions engendrées face à cette situation ?

Le tableau suivant nous permet d'évaluer les raisons de ce sentiment et les stratégies de résolution

	<b>Hommes</b>	<b>Femmes</b>
<b>Les raisons du sentiment d'injustice</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Raisons financières</li> <li>- Le droit de garde</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Pas assez de droit par rapport à l'homme</li> <li>- Trop de responsabilités</li> </ul>
<b>Stratégies de résolutions</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Payer pour le bien être des enfants</li> <li>- Harceler l'ex épouse</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tout prendre en charge</li> <li>- Obliger le mari à prendre ses responsabilités</li> </ul>

**Tableau 2** : Raisons du sentiment d'injustice et mode de résolution.

Il est à constater d'après l'analyse faite après dépouillement des réponses données par nos enquêtés que les raisons du sentiment d'injustice ne sont pas les mêmes pour les hommes et pour les femmes et que les réactions elles aussi différent en fonction du sexe c'est pour cette raison que nous allons procéder à l'analyse des données recueillies pour chacun des deux groupes

### **Groupe1 : Les enquêtés de sexe féminin**

En ce qui concerne les raisons du sentiment d'injustice pour ce groupe il se trouve être le même pour toutes les enquêtées interrogées. Les femmes ressentent à tort ou à raison **d'avoir moins de droits que les hommes**, ce motif revient dans totalité de nos entretiens et s'illustre de manière différente selon le vécu de chacune.

Pour Mouna, cela est dû au fait que l'homme a le droit de contracter un deuxième mariage en lui laissant comme seul choix d'accepter cette situation ou de divorcer avec deux enfants dont un malade qui nécessite énormément d'attention « *Lui il se marie, il vit tranquille avec sa nouvelle femme et moi je me retrouve seule à m'occuper de mes deux enfants avec pour seule aide, une pension très insuffisante* ». Pour Kahina cela s'illustre par le peu de responsabilités qui incombe aux hommes, après le divorce « *Une petite pension qu'il ne paye pas toujours, des visites quand il en a envie et qui se font rares ; je me retrouve être le seul parent réel de mes trois enfants, avec toutes ces tâches : les emmener à l'école, faire les devoirs les emmener chez le médecin, en plus du soutien moral dont mes enfants ont besoin suite à l'absence du père* », cette dernière regrette également d'avoir dû payer le prix de sa liberté par el kolaa et n'avoir pas pu obtenir son divorce d'une autre manière, contrairement aux hommes qui même sans motif valable, peuvent obtenir le divorce.

Rafika, elle aussi a le sentiment d'être abandonnée d'une part par son mari qui l'a répudiée et d'autre part par la justice qui l'a laissée livrée à elle-même « *Il a décidé de divorcer et de me jeter dehors, sans aucune contrainte avec ma fille, et ceci sans que le juge ne fasse quoi que ce soit* ». L'histoire de Nassima n'est pas bien différente de celle des autres enquêtées, elle regrette que le juge ait accordé le divorce au mari et ceci sans motif réel et sans compensation, face aux préjudices qu'elle a subis suite au vécu qu'elle a enduré en vivant avec une belle-famille autoritaire « *Quand sa mère a décidé qu'il devait divorcer, il l'a fait sans état d'âme : il m'a renvoyé de chez ses parents, et n'a pas cherché à savoir si moi ou mes enfants avions besoin de quoi que ce soit, j'assume donc toute la responsabilité de l'éducation de mes enfants* ». Quant à Alia, le sentiment d'injustice, vient du fait qu'elle s'est vu retirer la garde de ses enfants, après qu'elle se soit remariée « *Lui, il a le droit de se remarier s'il en a envie, et moi non. Je dois choisir entre mes enfants et mon bonheur c'est la pire des choses, surtout que je ne pensais pas qu'il était capable de me séparer de mes enfants et pourtant le juge a accédé à sa demande, juge injuste et droit injuste !* »

Concernant, la réaction de nos enquêtées, par rapport à ce sentiment d'injustice 60% déclarent ne rien attendre de leurs ex-époux et de la justice. Elle laisse au mari le choix de payer ou non la pension et de contribuer ou pas à l'éducation de leurs enfants, comme c'est le cas de Kahina « *je laisse la porte ouverte, s'il veut voir ses enfants je ne l'oblige même pas à payer la pension. Parfois il le fait et d'autres fois non, j'ai déjà assez à faire avec mes trois garçons, pas le temps de me noyer dans des procédures interminables et de me disputer avec lui* ». Par contre, 40% d'entre elles ne baissent pas les bras. Quant à obtenir justice, et

déclarent se battre pour bénéficier de leurs droits comme c'est le cas pour Nassima. « *Quand il ne paye pas la pension dans les temps, je l'oblige à le faire : je lui envoie des messages pour qu'il soit présent pour ses enfants. Je dis à mes enfants de lui demander de l'argent pour les fêtes comme l'Aïd et aussi pour la rentrée des classes, et s'il refuse je le prive de ses enfants en inventant des prétextes* ».

Le constat, que nous avons pu faire à travers les entretiens que nous avons eu avec ces femmes, est que ces dernières ignorent leurs droits, dans le sens où elles n'ont pas pris connaissance des améliorations qui ont été faites par le législateur concernant le Code de la famille en général et le droit des femmes en particulier, où il y a eu des avancées significatives, et ceci quel que soit le milieu socio-culturel de ces dernières, à savoir que nous avons eu affaire à des universitaires, ayant de hauts diplômes mais également à des personnes ayant un niveau d'instruction très bas.

## **Groupe 2 : Les enquêtés de sexe masculin**

Il est à noter que les hommes sont légèrement moins nombreux que les femmes, face à ce sentiment d'injustice, puisque 20% de notre échantillon déclare ne pas s'être senti lésé par le jugement qui leur a été rendu. Cependant il est à constater que l'écrasante majorité soit 80% de notre échantillon déclare avoir été victime d'injustice et cela pour une raison principale **trop de contraintes financières** et ceci pour 90% de notre échantillon, les 10% restants concernent **le droit de garde**, octroyé systématiquement à la femme lors du divorce comme peuvent le révéler les déclarations de nos enquêtés.

Pour Mohamed, entre la pension, le loyer et les autres frais liés au divorce, cela se révèle être une grosse somme pour un simple employé. C'est également le cas pour Chikh « *Entre la pension, le loyer, les compensations pour divorce abusif ce n'est pas possible ; elle m'a pris tout mon argent avec la complicité du juge, qui pense que ce n'est qu'une victime, alors qu'il n'en est rien* » Pour Ali, le paiement de la pension se révèle être impossible. « *Je n'ai pas les moyens de payer tout ce qu'on me demande, le juge devrait prendre en considération la situation financière des gens avant de les ruiner* » quant à Chams Edinne il déplore le fait que la garde de ses enfants soit confiée d'office à la mère sans chercher à savoir ce qui est mieux pour les enfants « *On a confié la garde de mes filles à leur mère, alors qu'elle a des mœurs très légères et un comportement inadapté avec l'Islam et je ne veux pas que mes enfants soient élevés par une telle femme, alors que je suis disposé à m'en occuper avec l'aide de ma mère. C'est injuste !* »

En ce qui concerne la manière de réagir à ce sentiment d'injustice nous avons enregistré deux types de réactions, la moitié de nos enquêtés déclare s'être résignée à accepter le verdict prononcé par le juge et appliquer ce qui leur est demandé, l'autre moitié au contraire déclare ne pas se laisser faire et refuse d'appliquer ce qui leur est réclamé, sauf si ils y sont obligés par exemple en cas de plainte à la police. Il est noter que nous avons entendu le mot « enhabelha » « je la rendrai folle » plusieurs fois durant nos entretiens et concernant les stratagèmes utilisés face à ce sentiment d'injustice ces hommes tentent de faire en sorte que la femme se lasse des problèmes engendrés par le non-paiement des loyers, pensions et autre, afin de pouvoir se soustraire aux obligations dictées par le juge en raison de l'injustice de ce jugement

En conclusion, d'après les résultats obtenus par notre recherche concernant ce sentiment d'injustice, nous constatons que ce dernier est partagé aussi bien par les femmes que les hommes, mais qu'il se manifeste de manière différente selon le sexe. Pour la femme il a pour source la sensation d'inégalité par rapport aux droits accordés aux hommes, pour ses derniers, cela se manifeste par des grandes contraintes financières. La façon de réagir face à ce sentiment d'injustice varie entre résignation et stratagèmes en vue de faire appliquer sa loi.

### **Difficulté d'application des lois et des décisions de justice :**

Nous tentons, dans cette partie, de faire la lumière sur les difficultés éventuelles d'application des lois, et de ce fait des jugements rendus par les instances juridiques puisque ces dernières se veulent être la mise en application des lois édictées par le législateur. Pour cela nous avons posé trois questions à nos enquêtés : la première étant la suivante : trouvez vous qu'il soit difficile de faire appliquer votre décision de justice ? Si oui, à quel propos ? Et à quel niveau ? Nous tentons à travers cette question de savoir si sur le terrain il est aisé de faire respecter la loi, et si ce n'est pas le cas, existe-t-il des sujets ou des domaines qui posent problème ?

La deuxième question s'intéresse aux raisons qui provoquent ces difficultés, bien entendu, toujours selon nos enquêtées : selon vous, quelles sont les raisons de ces difficultés ? Enfin la troisième question se penche sur les éventuelles solutions trouvées par notre échantillon afin de faire appliquer la loi : Quelles solutions avez-vous trouvé pour les surmonter ? Nous rappelons que notre démarche s'applique aussi bien à l'échantillon des enquêtées de sexe

féminin mais également à nos enquêtes de sexe masculin et ceci afin d'évaluer si les difficultés sont les mêmes et si leurs modes de traitement différent selon le sexe.

### Groupe 1 : Enquêtées de sexe féminin

Il apparait que la majorité des enquêtées trouvent quelques difficultés lors de la mise en application de leurs décisions de justice et ceci particulièrement lorsqu'il s'agit des droits relatifs à la tutelle comme peut le montrer le tableau ci dessous :

Questions	Oui	Non
Y'a il des difficultés d'application de la loi ou/ et de votre jugement	3	2
Les sujets de ses difficultés	-Les démarches administratives concernant les enfants  - Le paiement de la pension.	
Les causes de ses difficultés	-Humilier la femme.  -Méconnaissance des lois  -Mauvaise volonté de l'époux.	
Les solutions trouvées pour faire face à ses difficultés	-Les connaissances  -Réclamer ses droits  -Avoir recours à la justice	
A quel niveau se situe ses difficultés	Les administrations	

**Tableau3** : Difficultés liées à l'application des textes et/ou des jugements.

Il est donc à constater qu'une majorité de femme (60 % de notre échantillon) déclare être confrontée à des difficultés lors de la mise en application de leurs droits obtenus par jugement définitif. Notons que ces difficultés sont essentiellement les démarches administratives telles que l'inscription des enfants dans les établissements scolaires, les démarches bancaires, les démarches de santé, etc. Celà concerne également le non-paiement de la pension alimentaire de la part des pères. Les femmes interrogées déclarent que les problèmes rencontrés se situent le plus souvent au niveau des administrations, elles expliquent cela par une volonté délibérée d'humilier la femme en général et la femme divorcée en particulier « Alia : *Nous les femmes divorcées continuons à être montrées du doigt par la société même si les mentalités ont évolué, il reste un long chemin à parcourir pour que la femme divorcée soit socialement acceptée, nous représentons l'exemple à ne pas suivre, un élément de crainte pour les femmes et tantôt convoitées, tantôt dénigrées par les hommes* ». Il est à noter que cette difficulté s'explique également, d'après nos enquêtées, par le fait que certains employés au sein des administrations ne connaissent pas les lois en vigueur, et celà est source de problèmes qui n'ont pas lieu d'être. La mauvaise volonté de l'ex-époux fait également partie des raisons invoquées par notre échantillon et fait partie des difficultés d'application de leurs droits comme c'est le cas pour Rafika. « *Mon ex-mari refuse de payer la pension, pourtant il est obligé de le faire. C'est de la mauvaise volonté 'yéchmt' !* ». Les solutions trouvées par ses femmes sont tout d'abord faire appel à leur réseau relationnel, puis s'il n'y en a pas, tenter d'obtenir leurs droits par la négociation qui peut aplanir les tensions ou déboucher sur des conflits comme celà a été le cas pour Kahina « *On a refusé de me laisser ouvrir un compte à l'ordre de mon fils dans une banque sous prétexte que c'est son père qui doit donner l'autorisation, ce qui a pour effet de me rendre furieuse. Je donne de l'argent à mon fils et son père doit être d'accord, j'ai fait un scandale et j'ai demandé à voir un responsable. Heureusement une autre personne est venue s'occuper de moi et a réglé le problème qui n'avait pas lieu d'être* » En définitive, si ces deux méthodes ne donnent rien, le recours à la justice peut se révéler indispensable.

En conclusion, il est à constater que les difficultés de mise en pratique concernant les femmes divorcées tournent autour des sujets liés aux enfants.

## Groupe2 : Enquêtés de sexe masculin

Concernant notre deuxième groupe les entrevues lors des entretiens ont démontré qu'il y avait moins de difficultés d'application de la loi et également nous avons pu remarquer qu'il y avait beaucoup moins de frustration en comparativement à l'autre groupe concernant ce sujet comme nous allons le voir :

Questions	Oui	Non
Y'a il des difficultés d'application de la loi ou/ et de votre jugement	2	3
Les sujets de ces difficultés	-Le droit de garde	
Les causes de ces difficultés	-Désir de nuire de l'épouse -désir de vengeance de l'épouse	
Les solutions trouvées pour faire face à ses difficultés	-Négociation avec l'épouse -La justice	
A quel niveau se situe ses difficultés	Problèmes liés au droit de visite avec l'ex femme	

**Tableau4** : Difficultés liées à l'application des textes et/ou des jugements.

Il est à constater que la problématique de l'application des jugements concerne, comme c'est le cas pour notre échantillon féminin, les enfants et plus précisément l'exercice du droit de garde (même si cela reste minoritaire par rapport à notre échantillon). C'est-à-dire que le problème est lié au droit de visite dans le sens où les enfants sont instrumentalisés

dans le but est de se (venger de leurs ex-époux) comme le déclare Mohamed « *Mon ex-épouse me pose problème régulièrement quand il s'agit de récupérer mes enfants, la dernière fois je suis allé récupérer mon fils aîné, elle m'a dit qu'il est chez ma sœur. Je me suis rendu au domicile de cette dernière, elle m'annonce : « qu'en fait, non, il est chez sa grand-mère ».* Je rappelle mon ex-épouse, elle me dit qu' il est rentré à la maison, du coup, je me suis emporté et je n'ai pas vu mon fils, sachant que ce n'est pas la première fois que cela arrive ». Il semble évident que dans ce cas de figure, la mère utilise son enfant, afin de provoquer son époux et surtout de l'empêcher d'exercer son droit de visite, ce qui est formellement interdit par la loi, puisque le père en bénéficie. Il est à noter que les solutions trouvées par notre échantillon concerné, consiste à tenter de trouver un terrain d'entente par la négociation mais également par les menaces et la violence verbale et si cela ne se révèle pas efficace le recours à la justice peut être le seul moyen pour ces derniers d'accéder à leur droit.

En conclusion, il semble évident que le sujet qui pose le plus de problème que cela aussi bien pour notre échantillon féminin ou masculin, concerne les enfants, cela s'explique en partie cela par le fait que le choix de cette population, est en partie responsable de ces résultats à savoir que nos deux échantillons représentent des personnes divorcées ayant pour la plupart des enfants. Pour les femmes, ceux sont au niveau des administrations qu'il semble que cela soit difficile pour elles de faire valoir leurs droits, par contre pour les hommes le problème se pose au sein de la famille décomposée car selon eux ils déclarent ne pas pouvoir bénéficier aisément de leur droit de visite. Cependant il semble évident, si l'on se réfère à notre étude et aux nombreux entretiens que nous avons mené, que les femmes se trouvent être davantage confrontées à cette problématique, cela pourrait s'expliquer par une volonté de les maintenir cette dernière sous tutelle et encore plus les enfants dont les parents sont divorcés et sous la tutelle de leur père, cela pourrait également par la méconnaissance des textes par les employés des administrations.

Quoi qu'il en soit, il nous semble que la nécessité d'informer la population de ses droits est fondamentale et particulièrement en droit de la famille où les enjeux sont de taille. Pour que d'une part les agents de l'État puissent appliquer les textes tels que voulu par le législateur, et pour que, d'autre part les personnes concernées puissent avoir une meilleure connaissance de leurs droits pour pouvoir les défendre de manière plus efficace.

## 4.2 Le rôle de la justice dans la mise en application des textes juridiques

Les principes directeurs d'un système judiciaire et de son organisation sont conçus pour la sauvegarde de l'ordre social, pour une protection des personnes, des biens, des droits et des libertés. Il y va de l'ordre public, de la paix des citoyens et de la stabilité politique de la nation<sup>1</sup>. En effet, les instances judiciaires jouent un rôle crucial dans l'équilibre et le maintien de n'importe quelle société, l'influence considérable qu'elles exercent dans la vie conventionnelle des citoyens apparaît comme le rouage le plus palpable du pouvoir, arbitre et normatif. Dans les nations qui pratiquent la séparation des pouvoirs, la justice s'impose comme un troisième pouvoir indépendant parmi les trois branches de l'état avec le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif.

Le pouvoir judiciaire a pour vocation d'interpréter la loi élaborée par le pouvoir législatif et d'examiner la concordance entre une situation concrète qui lui est présentée et la loi elle-même en tranchant dans les litiges qu'on lui soumet et ceci conformément à l'application des règles de droit.

Dans la majorité des pays, on retrouve plusieurs types de tribunaux et plusieurs instances, il existe par ailleurs dans la plus part de ces derniers une instance finale qui tient lieu d'ultime recours pour les parties<sup>2</sup>. Il est à noter qu'il n'existe bien entendu pas de système judiciaire parfait et intangible, ils s'avèrent être le reflet des régimes politiques ou idéologiques qui les ont inspiré et crée.

L'Algérie ne déroge pas à cette réalité et ceci d'autant plus qu'elle a tout au long de son histoire colonial connu des problèmes qui se révèlent être le lot de la majorité des pays nouvellement indépendants s'y ajoute un certain nombre d'autres difficultés comme celle qui concernent l'organisation des structures et de l'encadrement de l'appareil judiciaire<sup>3</sup>, et ceci s'explique en partie par le fait qu'au lendemain de l'indépendance l'administration judiciaire s'était retrouvée confrontée au départ massif des anciens cadres, remplacé à la hâte par des jeunes magistrats algériens inexpérimentés, cette difficulté a néanmoins pu être surmonté avec le temps. A cette difficulté conjoncturelle, surmontable dans le temps s'ajoute celle du cadre conceptuel issu de diverses étapes que l'organisation judiciaire a traversé en Algérie, dans une période relativement courte.

---

<sup>1</sup> L.Seriak, L'organisation et le fonctionnement de la justice en Algérie, ENAG, 1998, Alger, p8.

<sup>2</sup> L.Aslaoui, Dérives de justice, Bouchene, 1990, Alger, p128.

<sup>3</sup> Déjà cité, Lahcène Seriak, L'organisation et le fonctionnement de la justice en Algérie, p10.

De ce fait l'Algérie qui n'a connu une organisation judiciaire moderne que dans une projection coloniale, s'est retrouvée dans l'obligation d'établir et d'élaborer un système judiciaire pouvant régler un certain nombre de questions concernant le droit, la bonne marche et le maintien des institutions pour le bien de la société.

Il est à noter que le début de la réforme judiciaire algérienne se situe en 1996<sup>1</sup>, à cette date la constitution institue un pouvoir judiciaire indépendant. Elle consacre les principes fondamentaux d'égalité et de liberté, la garantie de ces droits fondamentaux est assurée par la Cour Suprême au sommet de l'ordre judiciaire.

Le système judiciaire algérien est régi selon un double degré de juridiction avec en première instance des tribunaux et en seconde instance des cours d'appel. Il dispose d'une dualité de juridictions avec un ordre judiciaire distinct de l'ordre administratif<sup>2</sup>.

Il est à constater que la clé de voute de l'appareil judiciaire est incarné par le juge comme instrument d'application des lois<sup>3</sup>

a- L'importance du juge quand au fonctionnement de l'institution judiciaire :

Le juge est considéré comme le personnage central de l'institution judiciaire ayant la tâche de mettre en application la loi édictée par le législateur, ce dernier voit en lui un instrument d'application des lois, il est choisi pour ses connaissances juridiques et sa capacité à interpréter la loi, c'est d'ailleurs sur ce point qu'apparaît la difficile mission qui incombe au juge, en effet le texte juridique ne préconise pas à ce dernier ce qu'il doit ou ne doit pas faire, il lui trace seulement les grandes lignes, à lui de savoir l'appliquer sans le violer.

Apprécier par exemple des faits, ne signifie en aucune façon que le juge puisse mettre en exergue sa révolte ou sa compassion, il doit trancher en toute objectivité en laissant de côté toute ses a priori. Le juge, doit avant toute chose, apprécier les faits, cela signifie qu'il doit faire appel à la raison, qui seule lui permettra de discerner la vérité de l'erreur. Le juge observe, analyse, compare les divers éléments, il s'efforce de découvrir leurs liens, et de tirer les conclusions, et ce n'est qu'après cela qu'il pourra trouver une solution, celle-ci, devra être bien évidemment

---

<sup>1</sup> La Constitution algérienne de 1996, révisée en février 2016, institue un pouvoir judiciaire indépendant.

<sup>2</sup> IEDJA :L'organisation juridictionnelle de l'Algérie, Mars 2018.

<sup>3</sup> Leila Aslaoui, Etre juge, ENAL, 1984, Alger, P14.

conforme au droit. Les règles de procédure quand à elles ne souffrent d'aucune interprétation possible.

Les règles de procédure représentent l'ensemble des démarches à suivre pour mener à bien une action en justice, le non respect de ces dernières entraîne un vice de procédure. Malheureusement il arrive que se produise des erreurs et ceci soit à cause d'un oubli ou par incompétence.

En Algérie, les spécialistes de la fonction de magistrat ont subi des modifications, c'est ainsi qu'on note que jusqu'en 1969, statut algérien et français son identiques (ordonnance 58-1270 du 22 décembre 1958), ce statut a été reconduit par la loi 62-157 du 31 décembre 1962 portant ainsi reconduction de la législation française en vigueur au 31 décembre 1962 sauf dans ses dispositions contraires à la souveraineté nationale<sup>1</sup> et ceci après l'indépendance .

Le statut des magistrats est passé par trois étapes essentielles :

- La première conforme à l'ordonnance 69-27 du 13 mai 1969 consacre le chapitre 3 au Conseil Supérieur de la Magistrature.

- La seconde régie par la loi 89-21 du 12 décembre 1989 qui consacre un titre entier au Conseil Supérieur de la Magistrature.

- La troisième se réfère à la loi organique 04-11 du 06 septembre 2004 portant statut de la magistrature à l'exclusion de toute disposition qui a permis de préciser sa composition, son fonctionnement et ses attributions.

La révision constitutionnelle de 1996 a consacré la dualité de juridiction permettant la création du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits, et a jugé nécessaire de revoir le statut des magistrats. C'est ainsi que la promulgation de la loi organique 04-11 a été réalisée.

b- Itinéraire de la formation de juge : une formation non spécialisée

En Algérie, il n'existe pas un corps de magistrats spécifiques aux juridictions administratives, le système de la dualité de juridiction n'ayant été instauré qu'à partir de 1996. Le Conseil d'Etat, le Tribunal des Conflits et les tribunaux administratifs n'ont été créés qu'en 1998. Les magistrats des deux ordres, judiciaire et administratif sont recrutés de la même

---

<sup>1</sup> Etienne-Jean Lapassat, La justice en Algérie 1962-1968, Armand Colin, 1969, Paris, P74.

façon, ils reçoivent la même formation (Ecole supérieure de la magistrature) et sont soumis à un statut unique. Il y a un corps unique de la magistrature qui comprend :

- les magistrats du siège et ceux du Ministère Public des juridictions de l'ordre judiciaire (Cour Suprême, Cours et tribunaux).

- Les magistrats du siège et du commissariat d'Etat des juridictions de l'ordre administratif (Conseil d'Etat, tribunaux administratifs) et également les magistrats exerçant au sein de :

- L'administration centrale du Ministère de la Justice.

- Les services administratifs de la Cour Suprême et du Conseil d'Etat.

- Le Secrétariat du Conseil Supérieur de la Magistrature.

#### Statut des magistrats en Algérie Nature et contenu de la formation :

Le diplôme de l'Ecole Supérieure de la Magistrature, Le concours d'accès à ce derniers est ouvert aux personnes des deux sexes de nationalité algérienne d'origine ou acquise, titulaires de la licence en droit, âgés de moins de 35 ans, remplissant les conditions d'aptitude physique et morale pour l'exercice de la fonction, de bonne moralité et jouissant des droits civils et civiques. Exceptionnellement et dans la limite de 20% des postes budgétaires disponibles, peuvent être recrutés directement en qualité de Conseiller à la Cour Suprême ou au Conseil d'Etat<sup>1</sup>.

- le titulaire d'un doctorat d'Etat ayant rang de professeur de l'enseignement supérieur en droit, sciences financières, économiques, commerciales, ou en droit musulman.

- Les avocats agréés auprès de la Cour Suprême ou du Conseil d'Etat justifiant de dix années au moins d'exercice effectif en tant que tel.

Le recrutement, quand à lui, se fait sur la base des conditions citées par la loi. Les candidats remplissant ces critères sont recrutés comme magistrats et sont soumis à une période de probation pour une durée d'une année après quoi ils seront nommés par décret présidentiel sur proposition du Ministre de la Justice et après délibération du Conseil Supérieur de la Magistrature<sup>2</sup>.

Tout au long de sa carrière le juge pourra évoluer de deux manières :

---

<sup>1</sup> L. Seriak, L'organisation et le fonctionnement de la justice en Algérie, ENAG, 1998, Alger, p50.

<sup>2</sup> Voir ordonnance portant statut particulier des magistrats.

L'avancement d'échelon ou promotion indiciaire, elle est continue et s'applique à tous les magistrats. L'autre, la promotion de grades, groupes ou de fonctions donne lieu à des promotions annuelles qui prennent en considération les efforts que fournit le magistrat dans l'accomplissement de son travail quotidien, de son ancienneté, de l'appréciation obtenue durant le déroulement de sa carrière. Cette dernière donne lieu à une note annuelle qui sera prise en considération pour son inscription sur la liste d'aptitude, le magistrat doit être informé de sa note.

La cessation d'activité des magistrats se fait de deux manières différentes la première étant le décès la seconde étant la cessation de fonctions pour les raisons suivantes :

- La perte de la nationalité.
- La démission.
- Le licenciement.
- La révocation.
- L'admission à la retraite<sup>1</sup>.

#### c-Itinéraire professionnel d'un juge de la famille :

Comme nous avons pu le voir plus haut il n'existe pas en Algérie de formation spécialisée pour les juges ceci nous a été révélé lors de notre entretien avec un juge qui siège aux affaires familiales au niveau d'un tribunal de la ville d'Oran dont nous tairons bien entendu le nom pour des raisons déontologiques et selon la volonté de notre enquêté. Nous appellerons donc ce magistrat (M, F), âgé de 45 ans et père de deux enfants. Il à accédé a sa fonction après avoir obtenu le concours de l'école supérieure de la magistrature *« J'ai été nommé en 2009 au poste de juge délégué aux affaires familiales, je voulais être placé au ministère public mais ceux sont les mieux classés qui accèdent a ces postes car ils sont très demandés et prisés. J'ai été aussitôt affecté aux affaires familiales sans avoir fait ce choix car ceux ne sont pas les magistrats qui choisissent le domaine du droit ou ils vont exercer compte tenu du fait que nous recevons tous la même formation, notre affectation est réalisée par le président du tribunal qui désigne les postes attribués à chaque magistrat, c'est ainsi que nous pouvons être mutés à n'importe quel moment dans un autre tribunal pour exercer dans la même spécialité ou bien une autre.... »*

---

<sup>1</sup> E.De Lamaz, C.Pujalte, L'avocat, le juge et la déontologie, Puf, 2009,Paris,P58.

La question que nous nous posions était de savoir si les juges recevaient ou étaient préparés de quelque manière que ce soit à exercer leur métier dans le domaine ou ils étaient affectés, la réponse fut la suivante « *Nous n'avons jamais été formé dans la discipline juridique ou nous sommes affectés, nous apprenons sur le terrain* » J'ai alors voulu savoir s'ils leur étaient arrivés d'avoir des formations ou des stages dans leurs domaines, il m'a répondu que cela se déroule sous forme de stage d'une semaine qui leur donne droit à une attestation et qui ne concerne pas forcément leur domaine, ils abordent un thème, ceux ne sont pas tous les magistrats qui participent à cette formation, seulement certains d'entre eux sont sélectionnés. Le contenu des ses stages comprend des cours dispensés par des enseignants et des juges de la cour suprême.

La formation continue des juges durant l'exercice de leur fonction est exceptionnelle d'après notre enquête cela ne se produit que très rarement « *Je n'ai pas assisté a beaucoup de formation durant ma carrière la dernière et la seule c'était en 2015 pour les dix ans de la révision du code de la famille, j'ai eu de la chance celà concernait mon domaine ce qui m'a donc était profitable.* »

Il est à constater que ce qui nous a frappé lors de cet entretien est le manque d'expérience du professionnel de la justice au début de sa carrière ainsi que son jeune âge pour un secteur aussi sensible que celui de la famille, en effet notre enquête avait moins de 30 ans et était à l'époque célibataire. Nous nous posons aussi la question de savoir si le fait que les juges affectés aux affaires familiales ne bénéficiant d'aucune formation particulière dans le domaine de la famille ainsi que dans la médiation familiale, à l'exception de quelques stages qui ne sont pas ponctuels<sup>1</sup>, ne seraient ils pas à l'origine de cette pratique juridique à géométrie variable. Cela ne remet, aucunement en cause la liberté d'appréciation laissée au juge qui est essentielle au bon fonctionnement de la justice, car la société étant plurielle, il incombe donc au juge de s'adapter par rapport aux situations. Nous notons également le rôle fondamental de la plus haute instance judiciaire quand à l'unification de la jurisprudence, ainsi qu'au respect de la loi<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> La non formation des juges au domaine de la famille : cela signifie que la formation des magistrats est polyvalente dans le sens où tous les juges reçoivent la même formation puis à l'issue de la fin de cette dernière ils seront orientés vers des domaines qu'ils n'ont pas choisis en fonction des besoins. Il est à noter qu'un juge peut au cours de sa carrière changer de domaine.

<sup>2</sup> Le juge est tenu d'appliquer la loi et l'interprétation qu'il peut être amené à lui donner se fait sous le contrôle de la Cour suprême. Sa liberté n'est donc ni totale, ni absolue.

# Chapitre 5

## **Chapitre 5 : Comparaison de mise en œuvre du statut personnel**

### **5.1-Mise en œuvre du Code de la famille au Maghreb**

- a – El Moudawana : Le Code du statut personnel Marocain
- b- El Majala : Le Code du statut personnel tunisien leader vers une égalité des sexes
- c- Le droit de la famille en France

### **5.2- Les effets produits par la norme sur la condition féminine**

- a. Place de la femme dans le Code algérien de la famille.
- b. Le statut de la femme dans les sociétés musulmanes.

## **Chapitre 5 : Comparaison de mise en œuvre du statut personnel**

La famille constitue le groupement fondamental de la société, elle regroupe des individus unis par une communauté de vie et également dans de nombreux cas des liens du sang. Cette notion regroupe des réalités diverses qui changent en fonction des époques et des cultures.

Le statut personnel prend en charge la gestion de cet édifice social que représente la famille à savoir le mariage, la filiation, le divorce, l'héritage... etc. Il nous semble donc intéressant de parcourir les différentes lectures qui sont faites de l'institution familiale d'abord au sein de pays qui ont des similitudes avec l'Algérie et également avec un pays totalement différent de par sa culture, mais avec une histoire commune et ceci dans le but de faire une comparaison des différentes législations.

### **5.1 Mise en œuvre du Code de la famille au Maghreb :**

Le Maghreb est composé du Maroc de l'Algérie et de la Tunisie, L'Union du Maghreb arabe fondée en 1989 comprend quant à elle en plus de ces trois pays la Libye et la Mauritanie.

Nous allons donc focaliser notre recherche sur les trois premiers pays à savoir l'Algérie qui représente notre terrain de recherche principal également le Maroc et la Tunisie dans une démarche comparative et ceci en raison des fortes similitudes qui existent entre ces trois pays d'abord de type géographique mais aussi religieux, social, et culturel. Nous nous interrogeons tout en nous inspirant de l'ouvrage de M Cherrad qui a pour principale interrogation la raison pour laquelle *ces pays ont-ils engagé, ou plutôt freiné, des réformes qui s'imposaient ? Et pourquoi les élites au pouvoir, ont-elles adopté des solutions différentes alors que les similitudes culturelles et religieuses, les relations de genre et la structure du patriarcat laissaient présager une concordance*<sup>1</sup>. Il est également à noter que la complexité des sources des droits de la famille au Maghreb imposent une démarche comparatiste<sup>2</sup> afin de mettre en exergue le rôle de l'héritage colonial sur la manière de gérer les affaires familiales.

---

<sup>1</sup> F.Z.Guechi, Construction de l'Etat et droit des femmes au Maghreb selon Mounira M. Cherrad, Les femmes Africaines a l'épreuve du développement, CRASC, Algérie, 2012, p161.

<sup>2</sup> G.Gaba, Genre, Inégalité et Religion : quelques points d'articulation, AUF, Acte du premier colloque « aspect de l'Etat de droit et de démocratie, Dakar, 25-27 Avril 2006.

a –El Moudawana : Le Code du statut personnel Marocain :

El Moudawana est le nom du Code de la famille marocain qui signifie en arabe codification, promulgué en 1958 par le roi Mohamed 5. Avant cette date, ce fut le fiqh malikite qui prenait en charge les relations familiales. Son élaboration commença très tôt après l'indépendance du pays, (sous protectorat français) jusqu'en 1956. Très tôt le Maroc a l'instar d'autres pays musulmans ( Tunisie, Syrie, Irak) a voulu suivre le mouvement de codification du statut personnel, en instaurant un code qui avait pour mission d'uniformiser l'application des règles régissant la famille à l'ensemble des Marocains pour se débarrasser des divisions héritées par le protectorat français et lutter contre l'application de la coutume aux affaires familiales s'éloignant ainsi de la source religieuse . De ce fait, le roi avait pour ambition de soumettre le statut personnel à la Charia en chargeant une commission de professionnels de la justice (oulamas), présidée par son fils Hassan II et composée d'éminents juristes tels que Allal El Fassi qui en était le rapporteur, Mokhtar Soussi, et Fqih Daoud . En résulta un texte qui a réuni l'ensemble des règles régissant les relations des personnes unies par des liens de filiation **علاقة قرابة** ou d'alliance **علاقة تحالف** au regard de différentes institutions familiales telles que le mariage , le divorce, et les successions ; cependant on a longtemps reproché à ce code de véhiculer un modèle familial patriarcal ou la domination masculine est clairement présente et ceci à travers l'institution de la répudiation ( divorce à la volonté unilatérale de l'époux ) et de la polygamie. Néanmoins ce texte à également été porteur de progrès et ceci en instaurant un âge légal pour le mariage à savoir 18 ans pour les garçons et 15 ans pour les filles et aussi en instaurant le consentement mutuel comme condition obligatoire du mariage. Ce texte est resté inchangé pendant 40 ans et la nécessité de procéder à des changements s'est pourtant fait sentir dès le début des années 80.

Sans pour autant que celà ne soit appliqué, ce n'est que le 10 septembre 1993 qu'une réforme est apparue à l'initiative du roi Hassane II, cette dernière fut largement critiquée à cause des changements limités dont elle fut porteuse. Les principales réformes avaient concerné la tutelle matrimoniale **الوصاية الزوجية** qui a davantage pour objet la protection des intérêts de l'épouse ; avec un assouplissement concernant les femmes majeures orphelines de père qui pouvaient conclure elles-mêmes mariage avec toutefois une préférence à la représentation patrimoniale.

Toujours en matière de mariage le consentement en tant qu'élément de fond de mariage est renforcé. La polygamie est désormais soumise au contrôle du juge. La garde l'enfant a connu deux réformes substantielles, la 1<sup>er</sup> concerne les dévolutaires de droit de garde en rétablissant le père dans son droit en tant que gardien de l'enfant qui vient directement après la mère,. La 2<sup>ème</sup> réforme concerne la fixation d'âge de fin de garde, malheureusement diversement fixée pour le garçon (12 ans) et pour la fille (15 ans).

En matière de dissolution du mariage, les réformes ont touché la répudiation qui ne peut se faire qu'avec la présence de l'épouse. De même, le statut personnel a intégré la possibilité d'un don de consolation (article 52 bis) pour couvrir les préjudices subis par la femme répudiée.

En matière, de représentation légale, la mère peut désormais devenir tutrice légale de ses enfants en cas d'incapacité ou décès du père, mais les pouvoirs reconnus à la mère (tutrice légale) sont nettement inférieurs par rapport à ceux reconnus au père, dans la mesure où la majorité des actes faits par la mère sont soumis au contrôle du juge de tutelle<sup>1</sup>.

La volonté marocaine d'aller vers un rapport plus égalitaire entre les sexes fut ressentie à la fin des années 90, elle avait pour ambition une révision du Code de la famille en adéquation avec les traités internationaux. Cette volonté fut confrontée au courant conservateur qui ne pouvait admettre un renoncement aux valeurs de l'islam au profit de valeurs étrangères. Ce fut donc le début d'un affrontement entre deux courants l'un moderniste et l'autre qui s'inscrivait dans une démarche conservatrice. Ce conflit durera plusieurs mois et atteindra son paroxysme avec l'organisation d'une marche à Rabat. L'apaisement viendra le 27 avril 2001 avec la formation d'une commission royale multi disciplinaire composée à la fois de juristes, de magistrat, et de scientifiques et également de membres de la société civile. La mission de cette dernière était d'allier l'héritage culturel et religieux dans le respect des traités internationaux dont le Maroc est signataire en matière des droits de l'homme. Nous mesurons à quel point la tâche a dû être difficile en vue de pouvoir contenter deux courants en aussi grand désaccord mais un consensus a pu être établi et le projet fut présenté publiquement par le roi le 10 octobre 2003.

Cette réforme fut réclamée par les associations de femmes marocaines depuis de nombreuses années. Le projet fut porteur de onze nouvelles règles donnant ainsi vie aux revendications de ces associations. La plus importante : la responsabilité conjointe des époux

---

<sup>1</sup> M. Chafi, Code du statut personnel annoté, Walili , Marrakech, 1996.p116.

au sein de leur famille. Ce qui marque la fin de l'inégalité juridique entre l'épouse et son mari. Deuxième point important : la règle qui soumettait la femme à la tutelle d'un membre mâle de sa famille et faisait d'elle une éternelle mineure est abolie. L'âge du mariage passe de 15 à 18 ans pour la femme, la polygamie est désormais soumise à des règles restrictives (la première femme a notamment le droit de s'y opposer), la répudiation est remplacée par le divorce judiciaire (qui peut être demandé tant par l'homme que par la femme). Des mesures de simplification de la procédure de mariage des Marocaines résidant à l'étranger ont également été prises ainsi que d'autres concernant l'héritage.

L'actuelle version du Code de la famille fut donc promulgué et adopté le 3 février 2004 en vertu de la loi numéro70-03 répartie en sept livres, le code débute avec un préambule qui prend la forme d'un énoncé des réformes de la présente loi tout en justifiant le choix de ces dernières par un souci d'équité et dans le respect de la religion. Tout en reconnaissant qu'aucune loi ne peut être ni parfaite ni éternelle mais qu'elle doit s'adapter au mieux à la société sans avantager aucune partie par rapport à l'autre.

Le chapitre premier comporte quant à lui des dispositions générales englobant trois articles où il est traité de la question de la compétence de la présente loi (de l'article 1 à l'article 3). Le code, est organisé selon sept livres pour un total de 400 articles.

Livre1 : du mariage ; il comporte les lois relatives aux fiançailles et au mariage

Livre2 : dissolution du mariage et ses effets ; il définit les différentes formes de dissolution du mariage ; décès d'un des époux et le divorce avec ses formes et ses effets.

Livre3 : de la naissance et ses effets

Livre4 : de la capacité et de la représentation légale

Livre5 : du testament

Livre6 : de la succession

Livre7 : il est consacré à des dispositions transitoires et finaux afin de permettre d'organiser l'effectivité des nouvelles dispositions du Code, il comporte quatre articles (de l'article396 à l'article 400.)

Ce texte se veut novateur et plus égalitaire par rapport aux textes qui le précèdent dans le sens où il établit que la famille relève de la responsabilité des deux époux alors que par le

passé, elle relevait uniquement de celle de l'époux et désormais les époux ont des droits uniformes (Article 51<sup>1</sup>). La polygamie est soumise à des restrictions et sous contrôle judiciaire. Le code tout en maintenant le régime de séparation de bien a introduit la possibilité pour les époux de pouvoir convenir d'une gestion commune des biens acquis pendant le mariage. La dissolution du mariage quant à elle est ouverte aux deux parties chacune régie sous ses conditions ; il résulte du décès de l'un des époux où de la résiliation, ou du divorce sous contrôle judiciaire ou du divorce moyennant compensation khola<sup>2</sup>. Il apparaît dans le Code de la famille marocain qu'une grande importance a été accordée au droit des enfants comme en témoigne le grand nombre de dispositions qui les mentionnent tel que l'article 54 « *Les devoirs des parents à l'égard de leurs enfants sont les suivants:*

- 1- Assurer leur protection et veiller sur leur santé depuis la conception jusqu'à l'âge de la majorité*
- 2- Établir et préserver leur identité, notamment par le nom, la nationalité et l'inscription à l'état-civil*
- 3- Garantir la filiation, la garde et la pension alimentaire, conformément aux dispositions du livre III du présent Code*
- 4- Veiller à l'allaitement au sein par la mère dans la mesure du possible*
- 5- Prendre toutes mesures possibles en vue d'assurer la croissance normale des enfants, en préservant leur intégrité physique et*

---

<sup>1</sup> Article 51 du Code de la famille : Les droits et devoirs réciproques entre conjoints sont les suivants :

- 1- la cohabitation légale, qui implique les bons rapports conjugaux, la justice et l'égalité de traitement entre épouses, en cas de polygamie, la pureté et la fidélité mutuelles, la vertu et la préservation de l'honneur et de la lignée
- 2- le maintien de bons rapports de la vie commune, le respect, l'affection et la sollicitude mutuels ainsi que la préservation de l'intérêt de la famille
- 3- la prise en charge, par l'épouse conjointement avec l'époux de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants
- 4- la concertation dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille, des enfants et de planning familial
- 5- le maintien par chaque conjoint de bons rapports avec les parents de l'autre et ses proches avec lesquels existe un empêchement au mariage, en les respectant, leur rendant visite et en les recevant dans les limites des convenances
- 6- le droit de chacun des époux d'hériter de l'autre.

<sup>2</sup> Article 71 du Code de la famille

*psychologique et en veillant sur leur santé par la prévention et les soins*

- 6- *Assurer leur orientation religieuse et leur inculquer les règles de bonne conduite et les nobles idéaux qui favorisent l'honnêteté dans la parole et l'action et écartent le recours à la violence préjudiciable au corps et à l'esprit, et s'abstenir, en outre, de ce qui est de nature à compromettre les intérêts de l'enfant*
- 7- *leur assurer l'enseignement et la formation qui leur permettent d'accéder à la vie active et de devenir des membres utiles de la société et créer, pour eux, autant que possible, les conditions adéquates pour poursuivre leurs études selon leurs aptitudes intellectuelles et physiques.*

*.En cas de séparation des époux, les devoirs qui leur incombent sont répartis entre eux, conformément aux dispositions prévues en matière de garde*

*.En cas de décès de l'un des époux ou des deux, les devoirs précités sont transmis à la personne devant assurer la garde de l'enfant et au représentant légal, dans les limites de la responsabilité dévolue à chacun d'eux.*

*.Outre les droits précités, l'enfant handicapé a droit à une protection spécifique, compte tenu de son état, notamment à un enseignement et à une qualification adaptée à son handicap en vue de faciliter son insertion dans la société*

*.Il appartient à l'État de prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer la protection des enfants, de garantir et préserver leurs droits conformément à la loi.*

*.Le ministère public veille au contrôle de l'exécution des dispositions précitées. »*

Cet article est donc clairement dédié aux droits de l'enfant de même une égalité est désormais reconnue aux enfants issus du côté de la fille avec ceux du côté du garçon dans le cadre de l'héritage du grand-père. Le Code a également garanti l'établissement de la filiation des enfants conçus pendant la période qui précède le mariage, celle des fiançailles. Il apparaît également que le Code de la famille a intégré le privilège de la nationalité dans un rapport mixte et le privilège de la religion mais en se limitant seulement à une relation entre deux parties marocaines, la communauté Israélite reste régie par son statut personnel hébraïque.

En conclusion, le mariage et le divorce au Maroc bien qu'ils n'ont pas perdu leur cadre de légitimité, c'est-à-dire l'observance de la *Charia* néanmoins évoluée. Mais l'islam pour les Marocains n'est pas uniquement une religion, il est aussi un mode de vie. Et l'histoire nous

enseigne que les règles juridiques relatives au domaine des relations familiales, surtout lorsqu'elles sont d'inspiration religieuse, continuent à interférer sur les comportements, du moins sur l'imaginaire des individus. L'impact de cette réforme du Code de la famille marocain dépend avant tout de sa mise en œuvre. Ce nouveau texte législatif reste « tributaire de la création de juridictions de la famille qui soient équitables, modernes, efficaces ». Ce code a certes apporté une amélioration substantielle à la condition juridique des femmes dans la famille par l'institutionnalisation du consentement de la femme à son propre mariage, par le droit au divorce judiciaire, par l'abolition du devoir d'obéissance de l'épouse à son mari. Ces acquis sont importants, mais la revalorisation du rôle des femmes, l'égalité entre les époux conditions essentielles de la stabilité familiale dépend certes de la législation mais aussi de l'interprétation et du pouvoir d'appréciation des situations par le juge. Il est donc permis de s'interroger sur la manière dont ces derniers vont accomplir cette démarche et comment leur formation les conduira à mieux intégrer la réforme à la société marocaine. « Le Code de la famille ne peut avoir d'impact positif sur la société que par le biais d'une application saine et la disponibilité de moyens et mécanismes efficaces » ont conclu les auteurs du premier rapport sur l'application du Code de la famille<sup>1</sup>. Tout laisse prévoir que le travail d'interprétation du Code par les cours et les tribunaux sera complexe. Il ne suffit pas d'instituer une norme et de faire admettre son application, encore faut-il en faire une interprétation dans l'esprit et la philosophie du Code de la famille qui ne peuvent être remis en cause.

---

<sup>1</sup> *Rapport annuel sur l'application du Code de la famille*, la Ligue démocratique pour les droits des femmes, Centre d'information et d'observation des femmes marocaines, 2005, p. 3.

b- El Majala : Le Code du statut personnel Tunisien leader vers une égalité des sexes :

Le code des statuts personnels tunisien, promulgué le 13 août 1956, quelques mois à peine après la proclamation de l'indépendance se présente comme une exception en comparaison avec les autres pays arabo-musulmans et largement contesté par ces derniers, il se singularise par sa modernité et ses dispositions égalitaires et l'importance qu'il apporte aux droits des enfants. L'élite tunisienne a donc choisi à cette époque de rompre avec la tradition, jouissant d'une légitimité politique inébranlable de par l'acquisition de l'indépendance. Le choix politique fut d'opérer un changement de fond en se détachant du sacré et en procédant à la déstructuration de l'ancienne société et la restructuration d'une nouvelle collectivité, la promulgation du code tunisien signe alors l'entrée de l'état dans la société.<sup>1</sup>

La volonté de légiférer le statut personnel a commencé très tôt avant l'indépendance et ceci à l'initiative du Cheikh El Islam Mohamed El Aziz Djaït en 1947, cependant la période précédant la promulgation du code reste relativement pauvre en termes de faits juridiques correspondant au statut personnel<sup>2</sup> il faut donc attendre le Code du statut personnel qui constitue une rupture avec les tentatives et propositions précédentes<sup>3</sup> car la société tunisienne se caractérise pendant la période coloniale par un système législatif et judiciaire différencié selon les communautés : les tunisiens musulmans relevait du droit et des tribunaux musulmans, les tunisiens de confession juive du droit et des tribunaux rabbiniques, alors que les français relevaient du droit et tribunaux français<sup>4</sup>. Ce n'est donc qu'après l'indépendance que ce projet s'est concrétisé à la suite des dispositions politiques en vue de procéder à des réformes législatives et judiciaires dans la justice séculaire ainsi que religieuse. Le CSP (Code du statut personnel) fut et reste jusqu'à aujourd'hui contesté par le courant conservateur essentiellement composé de Zeitouniens qui concéderaient ce projet comme une volonté d'occidentalisation de la Tunisie. S'y ajoutent des détracteurs qui, sans rejeter en bloc l'ensemble de la réforme, contestèrent ses dispositions les plus emblématiques. A cela le chef de file du mouvement moderniste Bourguiba répond : « *Comme vous je suis musulman. Je respecte cette religion pour laquelle j'ai tout fait, ne serait-ce qu'en sauvant cette terre d'islam de l'humiliation coloniale.... De par mes fonctions et mes responsabilités, je suis*

---

<sup>1</sup> S Bostanji, Turbulences dans l'application judiciaire du code Tunisien du statut personnel, Revue Internationale de droit comparé, n° 1, OPI, 2009, France, p9.

<sup>2</sup> E. R. Antoine, *Le mariage maghrébin en France*, Karthala, Paris, 1990, p. 21.

<sup>3</sup> M. Camau, VGeisser, *Habib Bourguiba. La trace et l'héritage*, Karthala, Paris, 2004, p.106.

<sup>4</sup> A.C.Chamari, *La femme et la loi en Tunisie*, Bouchene, Alger, 1991, P16.

*qualifié pour interpréter la loi religieuse.* »<sup>1</sup>. Ce discours est le reflet de la personnalité du leader de ce mouvement qui avait les faveurs du peuple en raison du rôle qu'il a joué pour l'indépendance et d'un charisme certain, en plus d'une stratégie qui vise à ancrer les nouvelles dispositions par rapport à la Charia et ceci en s'efforçant de montrer que même les solutions qui paraissent s'éloigner de la religion ne sont qu'une relecture des textes sacrés avec une vision contemporaine grâce à l'Ijtihad. Il est à noter que les autorités politiques passent par le détour de la Charia afin d'instaurer un nouvel ordre juridique « *une Charia trahie en quelque sorte par le passé proche* »<sup>2</sup> et qui se trouvait rétablie dans l'œuvre du législateur. Cette stratégie c'est révélée payante et le mouvement a pu se mettre en marche

Bourguiba avait confié ce projet aux magistrats appartenant aux tribunaux religieux et séculiers. Dans les journaux tunisiens paraissant le lendemain du 13 août 1956 : « *Le nouveau Code du statut personnel se signale notamment par la facilité de l'expression, la concision et des innovations nullement contraires à l'esprit de l'Islam et conformes à la vie moderne. C'est ainsi que la femme trouvera des garanties nouvelles à sa dignité et à ses intérêts bien compris...* » ce Code se révèle donc, être le fruit d'un travail en profondeur entamé par les juristes, revu et corrigé à maintes reprises, celà a pris des mois, entre la date de la déclaration le 13 août 1956, et sa publication dans le Journal officiel de la République tunisienne, s'écoulèrent quasiment quatre mois de révisions et d'amendements, il fut définitivement rédigé et ratifié le 21 novembre 1956.

Le Code du statut personnel fut promulgué sous le sceau de Mohamed Lamine Bey. , il a été signé par le ministre de la Justice Ahmed Mestiri, le Premier ministre de l'époque, le Président du Conseil (Habib Bourguiba), le Vice-président du Conseil par Délégation, Bahi Ladgham et a paru le 28 décembre 1956 au Journal officiel de la République tunisienne. Le premier ministre Mestiri a précisé que « *le Code du statut personnel entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1957. D'ici là, la législation actuelle restera appliquée. Il convient de noter d'autre part que le nouveau Code du statut personnel s'appliquera uniquement aux Tunisiens musulmans. Quant aux Israélites, ils resteront provisoirement soumis à leurs lois actuelles. Les dispositions du Décret du 12 juillet 1956 régiront les autres citoyens de la Tunisie. Ceux-*

---

<sup>1</sup> H.Bourgiba, Extraits de discours, cités par S. Bessis et S.Belhassen, Bourguiba un si long règne(1957-1989), JAL, Tunis, 1989, P14.

<sup>2</sup> H.Djait, La personnalité et le devenir arabo-islamique, Seuil, Paris, 1974, P143.

*ci peuvent, cependant, opter, dès à présent, pour la législation nouvelle, dans les formes prévues par le décret portant promulgation du nouveau Code.»<sup>1</sup>*

Le code est réparti selon 12 livres, il aborde la question de la famille sous tous ses aspects

Livre Premier : Le mariage (ce premier livre concerne la question des fiançailles et celle du mariage)

Livre Second : Le divorce.

Livre trois : Le délai de viduité

Livre quatre : L'obligation alimentaire

Livre cinq : La garde

Livre six : La filiation

Livre sept : Disposition relative à l'enfant trouvé

Livre huit : Disposition relative au disparu

Livre neuf : La succession

Livre dix : L'interdiction et l'émancipation

Livre onze : Le testament et les dispositions testamentaires

Livre douze : Les donations.

Le contenu de ce code représente jusqu'à aujourd'hui une exception dans la sphère des législations gouvernant le droit de la famille dans les pays arabo-musulmans<sup>2</sup>. Adoption d'un contenant moderne en la matière. L'avancée la plus significative et novatrice par rapport aux pays voisins concerne l'abolition de la polygamie<sup>3</sup> cette dernière est passible d'une peine

---

<sup>1</sup> S. Bessis et S. Belhassen, *Bourguiba. Un si long règne*, tome II (1957-1989), éd. Jeune Afrique Livres, Paris, 1989.

<sup>2</sup> S. Bostanji, L'application du code Tunisien du statut personnel, *Revue Internationale de droit comparé*, n°1, OPI, Janvier-Mars 2009, France, P8.

<sup>3</sup> Article 18 du Code de la famille.

d'emprisonnement ainsi que d'une amende, Pour justifier cette mesure, Bourguiba se réfère à une sourate du Coran :

*« Nous nous sommes conformés à l'esprit du Livre saint [...] qui s'oriente vers la monogamie. Notre décision en la matière ne contredit aucun texte religieux et se trouve en harmonie avec notre souci de justice et d'égalité entre les sexes »<sup>1</sup>*

Cette sourate indique qu'« *il est permis d'épouser deux, trois ou quatre, parmi les femmes qui vous plaisent, mais, si vous craignez de n'être pas justes avec celles-ci, alors une seule, ou des esclaves que vous possédez. Cela afin de ne pas faire d'injustice* »<sup>2</sup>. Pour Bourguiba, la condition de l'équité entre les épouses étant impossible à assurer, l'interdiction de la polygamie devient dès lors légitime.

La femme est libre dans ses choix de mariage en faisant du consentement mutuel une condition nécessaire en vue de contracter un acte de mariage<sup>3</sup>, et l'âge de la majorité est fixé<sup>4</sup>, limité d'abord à 18 ans pour l'homme et à quinze pour la femme, âge majoré dans un premier temps de deux ans pour les deux conjoints par le décret n°64-1 du 20 février 1964 avant que la loi n°2007-32 du 14 mai 2007 ne l'unifie à 18 ans pour les jeunes des deux sexes. Le texte précise que « *au-dessous de cet âge, le mariage ne peut être contracté qu'en vertu d'une autorisation spéciale du juge qui ne l'accordera que pour des motifs graves et dans l'intérêt bien compris des deux futurs époux* »<sup>5</sup>. Dans ce même cas, le consentement au mariage du mineur doit être donné par le plus proche parent qui doit remplir trois conditions : « *être sain d'esprit, de sexe masculin [et] majeur* »<sup>6</sup>. Reconnaissance du caractère nécessairement judiciaire du divorce<sup>7</sup> qui est prononcé suite au consentement mutuel des époux, ou à la demande de l'un des époux. Le préjudice matériel sera réparé, femme une rente payable mensuellement en fonction du niveau de vie auquel elle était habituée durant la vie conjugale, y compris le logement.<sup>8</sup>

Toutefois, comme nous avons pu le constater, concernant le code algérien qui constitue l'objet de notre étude du texte dans le champ du droit positif ne veut pas nécessairement dire la précellence des solutions voulues par le législateur. Il n'est pas rare que le mouvement conservateur revienne à la charge à diverses occasions pour établir un

---

<sup>1</sup> M.Camau ,V.Geisser, *Habib Bourguiba. La trace et l'héritage*, Karthala, Paris, 2004, p.107.

<sup>2</sup> Verset 3 de la sourate 4 du Coran.

<sup>3</sup> Article 3 du Code de la famille.

<sup>4</sup> 18 ans pour les deux sexes.

<sup>5</sup> Article 5 du Code de la famille.

<sup>6</sup> Article 8 du Code de la famille.

<sup>7</sup> Article 30 du Code de la famille.

<sup>8</sup> Article 31 du Code de la famille.

nouvel ordre juridique qui porterait en lui l’empreinte religieuse et particulièrement après la révolution de 2010-2011, s’y ajoute le fait que l’application judiciaire représente une occasion pour ces derniers de faire valoir leur propre conception de la norme juridique dans le sens où l’œuvre du juge semble être déterminante dans l’interprétation des textes, en outre il a été observé dans la pratique judiciaire qu’une grande partie des juridictions du fond et de la cour régulatrice ont eu recours à un référentiel traditionnel qui comprend non seulement l’ensemble des règles et principes du droit musulman classique, mais également les valeurs de l’islam que les juges n’hésitent pas à mettre au premier plan pour expliquer et justifier leurs solutions<sup>1</sup>.

Pour conclure, quelles que soient les réformes réalisées au Maroc et en Algérie dans le domaine des personnes et de la famille en vue d’adapter les normes juridiques aux besoins des sociétés, des îlots de résistance identiques subsistent. Le même constat s’impose pour le droit Tunisien malgré des avancées significatives par rapport aux autres pays. Ces trois droits maghrébins demeurent des droits avec une forte empreinte religieuse en dépit des tentatives inégales de laïcisation<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Déjà cité S. Bostanji, P12.

<sup>2</sup> J.C.Robert, Les droits Maghrébins des personnes et de la famille : vers une harmonisation ?, L’Harmattan, Paris, 2009, P10.

### c. Le droit de la famille en France

Le droit de la famille français organise les liens juridiques entre les différents membres d'une même famille. Il constitue une branche du droit privé, et son contenu est principalement d'inspiration légale (Code civil) mais aussi jurisprudentielle et doctrinale. Il nous est apparu essentiel de procéder à l'étude du droit de la famille français pour deux raisons essentielles. La première vient du fait que ce pays a colonisé l'Algérie durant de longues années, nous voulons donc savoir quelles empreintes ce dernier a laissées. La deuxième est d'avoir un élément de comparaison avec un Code de la famille occidental après avoir procédé à la comparaison du code algérien avec les codes du statut personnel Marocain et Tunisien.

#### - Création du Code civil

Le droit de l'ancien régime était caractérisé par un éparpillement extrême et une inextricable complexité<sup>1</sup>. Il est à noter que le droit de la famille ne présente pas une dispersion aussi impotente que les autres domaines. Le nord et le sud de la Loire partageaient une notion fondamentale au sein de la famille à savoir celle du « père de famille ». La nécessité d'unifier le contenu législatif de droit civil qui s'appliquerait à tout le peuple s'est donc fait ressentir et fut réclamé par les révolutionnaires. La réponse aura été donnée par le titre 1 de la Constitution de 1791 « *Il sera fait un code des lois civiles communes à tout le royaume* ». Seulement rien ne fut entrepris par la législation. La Convention prit alors la relève en désignant un comité législatif le 24 juin 1793 présidé par Cambacérès qui présenta le projet à l'assemblée le 9 août 1793<sup>2</sup>. Ce texte avait pour nom le Code de la Convention. Il fut rejeté à cause de son contenu jugé non révolutionnaire, alors que c'était le contraire. ce code établissait une égalité homme-femme, et mettait sur le même pied d'égalité la famille légitime et la famille naturelle. il instaura également un divorce facile d'accès et particulièrement en cas d'incompatibilité d'humeur. A la chute de Robespierre en 1794, Cambacérès déposa un second projet plus atténué sur la question des libertés et de l'égalité par rapport au premier, puis un troisième. Cependant ces derniers subirent le même sort que le premier. Jacques Monot tenta à son tour d'apporter sa contribution en présentant un projet qui ne fut même pas

---

<sup>1</sup> G. Hubercht, E. Agostini, Droit civil, Sirey, 13<sup>e</sup> édition, Bordeaux, 1983, P11.

<sup>2</sup> P. Nicoleau, Droit de la famille, ellipses, Paris, 1995, P9.

examiné par l'assemblée<sup>1</sup>. Ce n'est qu'en 1804 que le Code civil a vu le jour et ceci sous l'initiative de Napoléon qui nomma une commission formée de quatre membres qui avaient quatre mois pour présenter un projet (projet de la commission) ce qui fut exécuté.

Le Code Napoléon reflétait la vision que se faisait le premier consul de la famille, et ceci en raison de la forte participation de ce dernier dans l'élaboration de ce texte, à savoir une représentation patriarcale de la famille où la femme ne trouve sa place qu'en tant que génitrice et où les liens matrimoniaux ne peuvent être dissolus (en témoigne la suppression du divorce) en résulte une grande inégalité dans les rapports de sexe. Il a également instauré la suprématie de la famille légitime sur la famille naturelle ; le concubinage n'était donc pas reconnu par le droit. Seuls les liens légitimes bénéficient d'une réglementation. Il est à noter également que Bonaparte donna le caractère d'ordre public au droit de la famille dans le sens où les justiciables (membres d'un groupe familial) ne peuvent en aucun cas se soustraire aux lois régissant la famille.

Le Code civil de 1804 se caractérise donc par sa rigidité et l'inégalité qu'il instaure et cela particulièrement dans le domaine familial, cependant, il représente le point de départ d'une législation qui revêt une grande importance dans l'organisation de la vie sociale des individus et dont la législation de notre pays s'est énormément inspirée dans les domaines autres que celui de la famille. Ce Code est longtemps resté statique mais par la suite, il ne cesse d'évoluer en adéquation avec les changements que subit la société française comme nous allons le voir.

#### **a- Évolution contemporaines du droit de la famille :**

Le droit de la famille français est longtemps resté statique depuis la promulgation du Code civil en 1804. A l'exception de la réintroduction du divorce en 1884 (la loi Naquet). Ce n'est donc qu'en 1964 que la première vague des réformes a débuté, une entreprise de reconstruction systématique qui a été confiée à Jean Carbonnier, qui « refonde » le droit civil de la famille en une demi-douzaine de grandes lois<sup>2</sup>

À peine achevée, l'œuvre est reprise et constituée alors par une collection de mesures disjointes jusqu'à ce qu'une entreprise de renouveau ordonnée, soit tentée à partir de 1999. La plupart de ces lois (mais pas toutes) seront intégrées au Code, pour que le droit civil de la famille conserve l'aspect d'un ensemble coordonné, l'ambition était de remplacer l'inégalité

---

<sup>1</sup> P. Nicoleau, Déjà cité, P10.

<sup>2</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Defrénois, Paris, 1995, 2<sup>e</sup> éd.

de départ à une sorte de cogestion ou une équivalence de pouvoirs comme nous allons le démontrer à travers les points suivants :

- **La charte des couples**

C'est certainement dans les règles relatives aux couples que les transformations du Code civil sont les plus connues. Trois grandes questions traversent les deux siècles qui nous séparent du Code.

La première est celle de l'égalité des époux. C'est probablement sur ce point que les évolutions ont été les plus visibles. Le Code civil de 1804 avait fait de l'épouse une « perpétuelle mineure », citée par l'article 1124 du Code civil au nombre des incapables en même temps que les enfants et les fous, tenue à un devoir d'obéissance, obligée de suivre son mari partout où il juge à propos de résider (art. 213 C. civ.)<sup>1</sup>, n'ayant point d'autre domicile que le sien. L'histoire du droit de la famille depuis 1804 dominée par l'émancipation lente et progressive de l'épouse pour parvenir à une égalité parfaite de droits. Il n'est guère utile de retracer ici les nombreuses étapes de cette ascension. On se contentera de quelques réflexions d'ordre général.

D'abord, il faut bien comprendre que l'assujettissement de l'épouse, dans le Code Napoléon et par la suite, n'a jamais été envisagé à autre chose qu'au bien de la famille. Ce n'est que dans le mariage que la féminité était source d'incapacité. Bien au contraire, l'un des apports majeurs du droit révolutionnaire, puis du Code civil, avait été de proclamer l'égalité successorale entre les enfants des deux sexes. Les veuves et « filles majeures » restaient juridiquement capables et géraient librement leurs biens. Mais il paraissait alors impossible qu'une dualité de pouvoirs décisionnels ne conduise pas à l'anarchie, et donc à l'écroulement de la famille.

L'égalité des époux n'a donc été consacrée que dans la mesure où elle se révélait compatible avec l'intérêt de la famille. Dans certains domaines, la promotion des droits de la femme semblait lui être utile : c'est ainsi que la loi du 9 avril 1881 sur les caisses d'épargne et celle du 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée devaient permettre aux ouvrières de consacrer leur (maigre) salaire à l'entretien de la famille et de réaliser des économies, plutôt que d'être obligées de le remettre aux mains des maris. Il faut cependant noter que ni l'une ni

---

<sup>1</sup> Article 213 du Code civil français : « La femme doit obéissance à son mari elle le suit la ou il juge bon d'habiter.. »

l'autre ne furent intégrées au Code civil, comme s'il s'agissait de tolérances à ne pas afficher<sup>1</sup>. Il fallut attendre la loi du 13 juillet 1965 pour que le Code civil consacre la liberté professionnelle de la femme mariée, de même que son autonomie bancaire, et celle du 23 décembre 1985 pour que les dernières inégalités dans la gestion des biens de la famille soient levées<sup>2</sup>.

La question du divorce n'est pas moins délicate. Le droit révolutionnaire avait permis le divorce, et avait même instauré un divorce par consentement mutuel assez facile à obtenir<sup>3</sup>. Le Code civil conserva ce divorce par consentement mutuel dont Napoléon usa lui-même pour dissoudre son union<sup>4</sup>. Supprimé par la loi De Bonald du 8 mai 1816, lors de la Restauration, le divorce ne fut rétabli que par la loi Naquet du 27 juillet 1884, sous la forme d'un divorce pour faute, à l'exclusion du consentement mutuel<sup>5</sup>.

Au fil des années se succédèrent de nombreuses réformes du divorce dans le Code civil. Par exemple, une loi du 15 décembre 1904 autorisa le remariage de l'épouse adultère avec son complice, en abrogeant l'article 298 du Code civil. Mais il fallut ensuite attendre la loi du 5 juillet 1956 pour que ce remariage permette la légitimation des enfants adultérins. De même, les conditions de la conversion de la séparation de corps en divorce furent plusieurs fois revisitées, chaque fois avec une charge idéologique intense. C'est une loi du 11 juillet 1975<sup>6</sup> qui a dépenalisé l'adultère, autorisé à nouveau le divorce par consentement mutuel, et créé le divorce pour « rupture de la vie commune » qui prend acte d'une séparation de fait de six années, même si l'un des époux ne souhaite pas divorcer. Ainsi fut réalisée la consécration d'un véritable « droit au divorce ».

### **la diversité des formes juridiques de couple.**

L'influence de l'Église catholique sous l'ancien droit et les principes égalitaires du droit révolutionnaire se sont combinés pour que le Code civil de 1804 ne contienne aucune disposition relative au concubinage. Il n'existait et ne pouvait exister qu'une seule union : le mariage civil républicain, éventuellement suivi d'un mariage religieux. Les premières

---

<sup>1</sup> F. Dekeuwer-Défossez, Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs et au delà, Le seuil, Paris, 2003, P22.

<sup>2</sup> [www.cours-de-droit.net](http://www.cours-de-droit.net), 19 Aout 2015.

<sup>3</sup> Déjà cité, V. Demars-Sion., p. 231.

<sup>4</sup> G. Hubercht, E. Agostini, Déjà cité, P11.

<sup>5</sup> F. Delkeuwer-Défossez, Déjà cité, p22.

<sup>6</sup> Avant la loi du 11 juillet 1975 l'adultère était différemment sanctionné. En effet les peines encourues par une femme adultère étaient plus importantes que celles du mari adultère, elles pouvaient aller jusqu'à l'emprisonnement alors que pour le mari adultère une simple amende sanctionnait cet acte.

réformes du Code civil, ont consisté à desserrer les contraintes sur ce qui demeurait un arrangement de famille. Rappelons que le Code de 1804 avait fixé la majorité matrimoniale à vingt-cinq ans pour les hommes et vingt et un ans pour les femmes et prévoyait que, même passé cet âge, le consentement des parents devait être demandé par « actes respectueux<sup>1</sup> ». Il fallut plus d'un siècle pour que la loi du 21 juin 1907 supprime complètement ces « actes respectueux » et permette tout simplement aux majeurs de se marier librement.

Dans un tel contexte, il n'est pas étonnant que l'union libre n'ait pas eu droit de cité dans le Code. Vivre ensemble sans être mariés était considéré non seulement comme un comportement immoral, mais surtout comme une atteinte à l'ordre social dont les familles légitimes étaient le socle. Le seul texte du Code évoquant cette réalité était l'article 230, prévoyant la possibilité pour l'épouse de demander le divorce pour cause d'adultère du mari « lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune ». L'article 229 quant à lui permettait au mari de demander le divorce.

La première loi qui donna un effet positif au concubinage dans le Code civil fut la loi du 16 novembre 1912 autorisant la recherche judiciaire de paternité naturelle « dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception » (art : 34 du Code civil.).

La loi du 8 janvier 1993, fut très importante, dans le sens où elle prescrivit et précisait dans l'article 372 du Code civil, que l'autorité parentale serait exercée en commun par les deux parents non mariés à condition qu'ils « vivent en commun au moment de la reconnaissance concomitante ou de la seconde reconnaissance ». Pour la première fois, un effet acquisitif de droits familiaux, était conféré à la vie concubinaire. Cette inscription dans le Code civil indiquait le changement radical qui s'était opéré entre-temps dans la perception sociale du concubinage, il était devenu, en quelques dizaines d'années, un mode de vie aussi honorable qu'un autre, un fondement aussi sécurisant pour les familles que le mariage<sup>2</sup>.

La loi du 15 novembre 1999 a créé le Pacte civil de solidarité, en a inséré la réglementation dans le Code civil, aux articles 515 et suivants. La même loi a également inscrit le concubinage dans le Code, juste après le PACS, non pas pour en améliorer les droits, qui en sont demeurés inchangés, mais seulement pour en affirmer la noblesse. Cependant,

---

<sup>1</sup> L'acte respectueux est défini comme l'action de notifier par les deux futurs époux leur intention de se marier à leurs parents respectifs cet acte respectueux était un acte notarié.

<sup>2</sup> C.Renault-Brahiinsky, droit des personnes et de la famille, Gualino, Paris, 2007, P131.

entre-temps le concubinage a cessé d'être exclusivement hétérosexuel. La création du PACS et l'insertion du concubinage dans le Code civil sont autant, sinon plus, la proclamation législative de la licéité des unions homosexuelles que la reconnaissance des unions de fait, et cette loi a surtout dissocié le couple de la famille qui en était jusqu'alors le prolongement naturel<sup>1</sup>.

La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a – provisoirement – sonné la fin de l'histoire législative du concubinage. En transférant les règles relatives aux enfants du divorce dans le chapitre relatif à l'autorité parentale, en unifiant les règles applicables aux enfants, sans accorder aucune incidence au statut juridique de leurs parents, mariés, divorcés, pacsés, concubins ou séparés, cette loi a tiré les conséquences de la révolution de 1999<sup>2</sup>.

Le Code civil reconnaît et organise aujourd'hui trois sortes d'unions que nous allons décrire :

-Le mariage demeure la seule structure n'admettant qu'un homme et une femme, et qui continue d'avoir une dimension horizontale et une dimension verticale indissociables. Cette articulation résulte de la présomption de paternité du mari (art. 312 du Code civil.), et est confirmée par l'article 203 du Code civil, inchangé depuis 1804, au terme duquel « les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants ».

- Le Pacte civil de solidarité, innovation de la loi du 15 novembre 1999, est un contrat par lequel est organisée une structure patrimoniale ouverte aux couples homosexuels ou hétérosexuels. Il n'a pas de dimension généalogique ni successorale, et contient peu d'obligations personnelles : seule est prévue une « *aide mutuelle et matérielle* »(Article 515 du Code civil), à l'exclusion de toute obligation de fidélité .

- Le concubinage, enfin, est défini comme une « union de fait caractérisée par la vie commune » (Article 515 du Code civil). Il n'est plus doté d'aucune conséquence juridique spécifique en droit civil de la famille, ni au plan patrimonial, car il n'y a pas de régime juridique des biens des concubins, ni au plan extrapatrimonial, puisque l'admission des

---

<sup>1</sup> J.Hauser, Glossaire des mariages de l'an 2000, André Colomer, Paris, Litec, 1993, P189-195.

<sup>2</sup> C.Renault-Brahiinsky, Déjà cité, P134.

couples homosexuels dans ce cadre juridique a logiquement exclu toute conséquence du concubinage en droit de la filiation ou de l'autorité parentale<sup>1</sup>.

Le socle juridique des familles :

Le Code civil constitue les familles en organisant les liens de parenté, et régit leur fonctionnement en réglant les droits et devoirs des parents et des enfants. Au regard des liens de parenté, la famille légitime était seule reconnue dans le Code de 1804. Si on reprend, l'article 312 du Code civil qui énonçait que « *l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari* ». Nous constatons que ce texte, demeuré inchangé depuis lors, est toujours le principe fondateur de la filiation légitime. La filiation naturelle n'était admise que si le père naturel avait volontairement reconnu l'enfant. L'établissement de filiations adultérines ou incestueuses était radicalement prohibé, sauf lorsque le mari désavouait l'enfant né de son épouse. Les conditions de ce désaveu étaient d'ailleurs très strictes<sup>2</sup>. Par contre, les conditions de la légitimation étaient libéralement ouvertes : ainsi l'article 332 permettait-il de légitimer des enfants décédés s'ils avaient eux-mêmes laissé des descendants.

Il faut se rendre compte du bouleversement qu'entraîna, dans les pratiques judiciaires, l'irruption de la vérité biologique résultant du progrès des sciences médicales. C'est la découverte de l'ADN, la possibilité de comparer les « empreintes génétiques » de l'enfant et du père prétendu qui ont permis de libérer totalement l'action en recherche de paternité par l'effet de la loi du 8 janvier 1993. La même loi permit, enfin, l'établissement de la filiation des enfants adultérins et la suppression de l'inégalité des filiations

L'égalité totale ne fut cependant pas encore reconnue par la loi de 1972. L'enfant adultérin continuait à n'avoir qu'un droit d'héritage limité l'enfant naturel n'était pas soumis aux mêmes règles d'autorité parentale que l'enfant légitime : dans l'esprit du législateur, il demeurait l'enfant d'une mère célibataire. L'augmentation statistique du nombre d'enfants nés hors mariage, ainsi que le fait qu'ils étaient très souvent élevés dans un foyer stable, rendirent les dernières discriminations insupportables. La loi du 3 décembre 2001 a donc supprimé le concept même d'enfant adultérin et celle du 4 mars 2002 a créé un article 310-1 du Code civil qui énonce : « *Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les*

---

<sup>1</sup> P.Nicoleau, Déjà cité, P92-93.

<sup>2</sup> G.Hubercht, EAgostini, Déjà cité, P56.

*mêmes droits et devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. »*

- Les droits et devoirs réciproques des parents et des enfants :

L'article 371 du Code, « *l'enfant à tout âge doit honneur et respect à ses père et mère* ». Progressivement la loi est passée de la « puissance paternelle », que le « *père exerce seul [...] pendant le mariage* » (art. 373 du Code civil de 1804), à l'autorité parentale que « *les père et mère exercent en commun.* » (Article 372). Si ce changement a été opéré dès la loi du 4 juin 1970 pour les familles légitimes unies, c'est celle du 4 mars 2002 qui a affirmé que « *la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'exercice de l'autorité parentale* » (Article 373). La consécration législative de la résidence alternée, dans la version 2002 de l'article 373-2-9 est l'expression ultime de cette égalité des parents que l'on voudrait parfaite et absolue<sup>1</sup>, mais qui ne l'est pas en réalité.

Nous venons à travers cet exposé et après avoir procédé à l'étude du code algérien de la famille pu nous apercevoir qu'il existe beaucoup de différences entre le droit français de la famille et le droit algérien, cela s'explique par le fait que le droit français est un droit laïc qui ne s'inspire pas du religieux contrairement au Code du statut personnel algérien, et également pour des raisons culturelles entre les deux pays.

Il est à noter que des lois telles que la loi 15-11 de 1999 concernant le pacte civil de solidarité, ou celle du 16-01 de 2009 portant sur l'égalité entre tous les enfants qu'ils soient légitimes ou non, ou encore la loi 2013-404 du 13 mai 2013 légalisant le mariage entre deux personnes du même sexe et allant jusqu'à autoriser l'adoption par des couples gay d'enfant en prenant en compte l'intérêt de ce dernier relève de l'impossible voire de l'immoral actuellement en Algérie. De la même manière des textes de loi algérienne semblent impossible à réaliser en France comme c'est le cas de l'article 8 du Code de la famille qui autorise la polygamie ou l'article 41 qui reconnaît seulement l'affiliation légitime ou également les dispositions relatives à l'héritage. Quoiqu'il en soit chaque législation se singularise par l'empreinte de sa culture et de son évolution sociale. Il est toutefois clair que la législation française paraît aller dans un sens plus égalitaire, mais cela au détriment de certaines valeurs.

---

<sup>1</sup> C. Desnoyer, thèse de doctorat en droit privé : L'évolution de la sanction en droit de la famille, Lille2, 2000.

Nous constatons cependant qu'il existe également de grandes similitudes entre les deux textes et ceci s'explique certainement par le fait que l'Algérie est restée colonisée pendant 150 ans par la France. Cette ressemblance, s'illustre particulièrement dans la forme des textes, dans la construction des lois et à travers les grandes institutions qui constituent le droit de la famille comme c'est le cas du mariage qui prend la forme d'un contrat, du divorce qui n'est établi que par décision de justice, etc.

## **5.2 Les effets produits par la norme sur la condition féminine**

La condition féminine a été et reste toujours un thème qui soulève beaucoup de passion de par son importance et également de par les enjeux qu'elle représente au sein de l'organisation sociale, elle signifie la place que représente la femme au sein de la société et les rapports qu'elle entretient avec le sexe opposé, c'est-à-dire sa situation dans les différents domaines de la vie sociale, à savoir , sa présence dans le monde du travail, mais également son droit à l'intégrité corporelle, au voter, d'être élue, de ne pas subir de violence sexuelle , d'accéder à l'éducation , de posséder une propriété.

Le support juridique (textes de lois) quant à lui constitue un réel indicateur sur leur place dans une société donnée, à savoir si les femmes jouissent d'une protection contre toutes formes de discrimination ou d'atteintes à leur liberté. Il existe dans ce domaine un grand nombre de textes qu'ils soient nationaux propres à chaque pays, ou internationaux qui stipule sous forme de nombreuses chartes et traités, à l'image de la charte des Nations Unies

« *Dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations.* <sup>1</sup> » ce texte met l'accent sur la nécessité d'égalité des sexes en matière de jouissance des droits fondamentaux, mais aussi le pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant l'égalité des époux, les droits des enfants et les droits politiques, éléments retrouvés dans la déclaration universelle des droits de l'homme.

Quant à la Convention ( 18 Décembre 1979) qui s'est prononcée sur la suppression de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, elle stipule que tous les états signataires doivent appliquer elle stipule : « *Modifier les schémas et modèles de comportement socio culturel de l'homme et de la femme en vue de parvenir à l'élimination des préjugés et des pratiques coutumières, ou de tout autre type qui sont fondés sur l'idée de l'infériorité ou de la supériorité de l'un ou l'autre sexe ou d'un rôle*

---

<sup>1</sup> Article 55 du traité des Nations Unies.

*stéréotypé des hommes et des femmes*<sup>1</sup>» cette convention interdit toute discrimination à l'égard des femmes dans le cadre du mariage ainsi qu'au sein de la famille. Cela concerne évidemment toutes les violences faites aux femmes au sein de leur environnement familial.

Dans le monde occidental, la lutte pour le droit à l'égalité a été menée très tôt par les femmes et a été amplifiée par la révolution française de 1789 qui marque une date importante. Cette lutte se définit à travers une doctrine qui préconise l'émancipation de la condition de la femme et l'aménagement de relations égalitaires entre la femme et l'homme. En 1791, Olympe de Gournay signe une déclaration des droits de la femme et de la citoyenne. Pour la première fois dans l'histoire, le principe d'une égalité formelle et substantielle entre les sexes est affirmé, en même temps qu'est rappelée leur irréductible différence<sup>2</sup>.

Au début du 20<sup>ème</sup> siècle, ce fut le point de départ d'une mobilisation collective qui a regroupé plusieurs pays avec pour revendication l'accès des femmes au droit de vote, à l'exemple de la Suède qui fut le premier pays à instaurer un droit de vote universel entre 1718 et 1771, puis partiellement entre 1862 et 1919, pour de nombreux pays, la France en 1791, la Russie 1917, le Royaume Uni, les États-Unis d'Amérique en 1920, Espagne en 1936<sup>3</sup>, la Belgique en 1920....etc. 1910 fut la date où l'instauration d'une journée internationale des femmes fut proposée par Clara Zetkin, syndicaliste allemande lors de la conférence internationale des femmes socialistes mais ce n'est qu'en 1945 que cette journée fut adoptée par la quasi-totalité des pays du monde.

Dans certains pays, les droits des femmes sont institutionnalisés ou soutenus par la loi, la coutume ou le comportement social, tandis que dans d'autres pays ils sont ignorés ou tout simplement supprimés. La question à laquelle il faudrait répondre et qui se situe au cœur de nos préoccupations est la suivante : « Quelle place occupe le féminin dans l'élaboration des dispositifs normatifs ? » Car pour avoir une réelle émancipation des femmes il faudrait qu'elles puissent avoir leur mot à dire dans l'élaboration des lois qui vont les concerner. Les chiffres sont clairs dans ce domaine, comme en témoignent les chiffres qui suivent, la progression du nombre des femmes parlementaires dans le monde est très lente. Elle passe de 22.6 % en 2015 à 23% en 2017. Le nombre de

---

<sup>1</sup> Article 5 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes.

<sup>2</sup>S. Abouddrar, Construction normative et féminité, PUF, France, 2004. p197.

<sup>3</sup> Le droit de vote fut perdu de nouveau jusqu'à le rétablissement de la démocratie en 1975.

femmes présidentes de parlements atteint 19%<sup>1</sup>. Ces chiffres sont donc le reflet d'une réalité peu reluisante pour la condition féminine, puisque le parlement est censé être une assemblée élue qui représente l'ensemble du peuple comme l'a appelé Hans Kelsen « *le destin de la démocratie* » l'endroit où sont élaborées toutes les lois qui seront appliquées à toute la population hommes et femmes. Dans ce cadre, le faible pourcentage de femmes pose problème du point de vue démocratique comme s'interroge et l'a rappelé la directrice de l'ONU, Femme qui représente l'entité des nations unies pour l'égalité des sexes et l'autonomisation des femmes « *Qu'est que la démocratie ? Est-ce le peuple pour le peuple ; Ou les hommes pour le peuple* »<sup>2</sup>.

Il est à noter que même dans les pays qui bénéficient de lois stipulant une meilleure protection pour les femmes, ces derniers se révèlent être seulement théoriques bien loin de la réalité sociale comme nous avons pu le constater dans notre étude.

#### a. Place de la femme dans le Code algérien de la famille

La famille algérienne ou Ayla, était traditionnelle depuis, ses origines, une famille patrilinéaire, la supériorité des hommes était indiscutable, c'est ce que révèle les différentes études réalisées sur la question Bourdieu 1985, Boutfenouchet 1982, Lacoste Dujardin 1985, et Fargues 1986. La femme est sous la domination masculine et n'a de valeur que quand elle joue son rôle d'épouse. « *Pour les filles, c'est le mariage ou la tombe* »<sup>3</sup> et par la suite, son rôle de génitrice en vue d'assurer la pérennité de la famille « *La fille c'est comme une hirondelle sous le toit : elle n'est fixée nulle part tant qu'elle n'est pas mère féconde dans la famille des autres* »<sup>4</sup>. L'ordre social et religieux repose sur des valeurs telles que l'honneur, qui se traduit par un contrôle quasi constant des femmes comme étendard de cet honneur ; cela aboutit à un système social qui surveille la femme dans tous ses faits et gestes. Cependant, au fil du temps, des améliorations ont été opérées concernant des aspects qui touchent au fonctionnement profond de la société tel le mariage tardif et un célibat de longue durée qui nécessitent un aménagement des formes dans lesquelles doit s'exercer la tutelle familiale<sup>5</sup>, mais également la scolarisation des filles qui débouche sur l'accès de ces dernières au monde du travail et qui fait de la femme un acteur économique à part entière et de ce fait

---

<sup>1</sup> Chiffre ONS, L'UIP (L'Union Interparlementaire).

<sup>2</sup> Ph.Ngcuka, [www.news.un.org](http://www.news.un.org), 15 Mars 2017.

<sup>3</sup> P.Bourdieu, Sociologie de l'Algérie, PUF, 2<sup>ème</sup> édition, Que sais-je, Vendôme, 1985, p128.

<sup>4</sup> Proverbe kabyle rapporté par H. Genevois et cité par Camille L'acoste Dujardin, op cite K. Kateb p14.

<sup>5</sup> K.Kateb, L'émergence des femmes au Maghreb, APIC, Alger, 2015.

bouscule l'organisation familiale traditionnelle. La question à laquelle nous tenterons de répondre est la suivante : dans quelle mesure le code est-il le reflet de l'émancipation des femmes au sein de la société ?

Le Code de la famille est un texte qui porte largement l'empreinte des autres domaines des législations et des catégories juridiques modernes, malgré sa forte inspiration d'origine religieuse et ceci en raison de l'importante influence du droit civil sur les institutions de base du code, telle que le mariage, qui à l'image des autres contrats ne peut se conclure que par consentement des deux parties devant un notaire ou un officier de l'état civil et doit bien évidemment être enregistré pour exister. La promulgation de ce code avait pour objectif de mettre fin au pluralisme de la période coloniale et de mettre un frein à la grande marge de manœuvre laissée au juge durant la période post coloniale et qui précède la promulgation de code. La résultante a fait que d'une manière générale, le texte institutionnalise la famille organisée par le fiqh et de ce fait renforce davantage la domination masculine au sein de la société en lui donnant une légitimité juridique qui se traduit dans un grand nombre d'articles, **les femmes militantes, à ce moment, ont compris que les dernières illusions d'une réforme adaptée à la situation présente se sont envolées<sup>1</sup> et ceci malgré une forte mobilisation de ces dernières comme nous avons pu le constater plus haut.** Le code a donc instauré et légalisé une hiérarchie entre les sexes<sup>2</sup> et ceci va à l'encre du principe constitutionnel qui stipule que « *les citoyens sont égaux devant la loi, sans que puisse prévaloir aucune discrimination pour cause de naissance, de race, de sexe, d'opinion ou de toute autre condition ou circonstance personnelle ou sociale<sup>3</sup>* » se basant **sur la manière de régler les conflits conjugaux au sein de la justice<sup>4</sup>, car le juge se soumet toujours à la volonté unilatérale du mari en cas de divorce tandis que l'épouse ne peut accéder à l'initiative de demander le divorce que dans des cas précis. La polygamie est permise, même si le législateur a subordonné le remariage de l'époux à l'accord de sa ou de ses premières épouses.** La logique de ce texte est basée sur le présumé de l'infériorité de "la femme". Les dispositions qu'il contient vont donc organiser son incapacité juridique de laquelle découlera l'ensemble des dispositions<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> F. Lalami, Les algériennes contre le Code de la famille, Sciencepo les presses, Paris, 2012.

<sup>3</sup> Article 32 de la constitution.

<sup>4</sup> Les Cahiers du Crasc, Salima Bouziane, Le divorce comme épreuve dans la vie du couple, Processus de construction du couple : expériences et imaginaires, coordonné par Nouria Benghabrit-Remaoun, CRASC, Oran, 2014, P177.

<sup>5</sup> N. Aït Zai, L'année du Maghreb, Femme famille et droit, CNRS, 2005, 2006, Paris.

Les conditions de divorce révèlent la conception du statut de la femme qui prévaut dans cette loi. Si le droit absolu du mari de divorcer ressemble fort à une simple légalisation de la répudiation (l'article 48 fait état de la simple "volonté de l'époux"), les raisons et les preuves que les femmes doivent avancer pour introduire une demande de divorce sont tellement draconiennes qu'elles équivalent à une négation de ce droit (art.53). La possibilité qu'a l'épouse de racheter sa liberté moyennant "versement d'une somme" à son conjoint (art. 54), ne peut qu'évoquer une pratique inégalitaire. Selon les juristes que nous avons sollicité, c'est cette facilité donnée à l'homme de rompre son union matrimoniale sans devoir rendre des comptes devant le tribunal (le juge est obligé par la loi d'accéder à la requête du mari quels que soient les motifs invoqués), qui favorisent l'augmentation du nombre de divorces en Algérie. Les hommes de loi s'accordent donc à dire que la facilité avec laquelle le mari peut dissoudre son mariage engendre des drames familiaux difficiles, voire impossibles à surmonter. Le juge ne jouit d'aucun pouvoir de rejeter la demande de divorce, introduite par l'époux, quelle que soit la faiblesse des arguments. Dans le cas d'un divorce abusif dans la démarche, le magistrat peut exiger, pour préjudice moral subi par la conjointe, une réparation matérielle (une somme d'argent pouvant atteindre 100 000 dinars), et le peu de contraintes pour le mari engendré par le divorce ne fait que renforcer, sa position particulièrement quand la femme comme c'est le cas dans la majorité des divorces décide d'assumer la garde de ses enfants comme peut le révéler le témoignage de notre enquêtée Chahrazed 42 ans trois enfants cadre dans une société « *Mon ex-mari a la belle vie il s'est remarié et sa femme attend un enfant, il a un commerce fleurissant grâce à l'aide matérielle et physique que je lui ai apporté. Il me laisse vivre dans l'appartement que nous avons acheté, mais qui est à son nom, logement qu'il récupérera à la majorité des enfants, il envoie la pension alimentaire par mandat, une somme modique qui ne suffit absolument pas à subvenir aux besoins de mes enfants. Je me retrouve donc obligée de dépenser la totalité de mon salaire sans pouvoir mettre de l'argent de côté, et j'assume seule la totalité des tâches à savoir accompagner mes enfants à l'école, faire les devoirs, les amener chez le médecin, faire les courses, entretenir la maison, et faire des réparations quand celà est nécessaire, plomberie, peinture. Il ne vient même pas voir ses enfants à l'exception des fêtes religieuses. En résumé, à part la pension, il n'apporte quasiment aucune contribution, ni aide. Il n'intervient que quand il en a envie, il pense*

---

<sup>5</sup> Liberté, Divorce en Algérie, 3 novembre 2004.

*n'avoir aucune obligation, que celà soit pour ses enfants ou pour l'entretien de la maison, c'est quand il veut. Il n'est obligé à rien, moi par contre, je dois assumer tous les rôles au détriment de ma santé physique et morale. Je suis au bord de la dépression* ». Ce témoignage n'est hélas pas un fait isolé. On retrouve cette fatigue physique et morale chez un grand nombre de femmes divorcées et il s'y ajoute un sentiment d'injustice face à la responsabilité énorme que doit assumer cette dernière à tel point que l'on retrouve le même discours chez beaucoup de femmes divorcées à savoir cette attitude « *thana ; il s'est débarrassé de toutes les tâches, et il vit maintenant tranquille* », il y'a également l'article 66<sup>1</sup> du Code de la famille qui met fin au droit de garde octroyé à la mère dans le cas où celle-ci venait à se remarier. Comme c'est le cas pour notre enquêtée, Lamia 35 ans, deux enfants que nous avons rencontré sur un site dédié à la maternité et qui s'est vu retirer la garde de ses filles suite à son remariage et même si elle a divorcé de son second mari du fait qu'elle n'a pas supporté la séparation et l'éloignement avec ses enfants, la garde ne lui a pas été rendue pour le moment. Il s'est constitué autour de cette femme un élan de solidarité important en l'espace de 4 jours elle avait déjà près de 900 abonnées sur la page Facebook dédiée à sa cause. Cette page, est constituée de femmes, toutes mamans, qui apportent des messages de soutien à notre enquêtée ou des témoignages de situation similaire, toutes s'accordent à dire que ce texte de loi encourage les drames familiaux, car favorisant les relations illégitimes et les mariages religieux sans acte de mariage, ce qui peut par la suite engendrer beaucoup de problèmes. Le législateur prend en compte dans l'article 66 l'intérêt de l'enfant car le père représente l'autorité familiale de ce fait un enfant ne peut se retrouver sous l'autorité d'un homme étranger, l'enfant doit donc être remis au père. Mais ce qui est incompréhensible c'est que le législateur ne prend pas en compte le fait que la mère est des deux parents, celle qui passe le plus de temps avec ses enfants et qui s'occupe de la plupart des tâches sans oublier l'aspect affectif indiscutable, il semble donc assez curieux de permettre à une femme étrangère si le père est remarié (Le mari n'est pas pénalisé à la suite de son remariage) de prendre en charge des enfants qui ne sont pas les siens alors que leur mère veut assurer cette charge.

L'inégalité s'illustre dans cet exemple et dans beaucoup d'autres et pas uniquement sur la question des tâches relatives à l'éducation ou à la garde des enfants, elle se

---

<sup>1</sup> Article 66 du Code de la famille : la titulaire du droit de garde se mariant avec une personne non liée à l'enfant par une parenté prohibée, est déchue de son droit de garde. Celui-ci cesse par renonciation tant que celle-ci ne compromet pas l'intérêt de l'enfant.

retrouve également à travers le régime matrimonial de séparation des biens , conservé tel qu'il est établi dans le fiqh et qui ne tient aucun compte d'une pratique fréquente des couples qui vivent souvent, en fait, selon un régime de mise en commun de leurs revenus lorsque la femme en a un<sup>1</sup>, et qui est utilisé afin d'acquérir des biens tels qu'une voiture au un logement mais qui bien souvent sera au nom de l'époux, en résultera en cas de séparation l'impossibilité pour la femme de récupérer ses biens.

Il est à constater que la naissance du Code de la famille de 1984 a fait apparaître un dualisme juridique, qui a pour cause le référent de ce texte qui ne ressemble pas au référent normatif habituel dans le reste du champ juridique ; ce dernier a pour source le religieux mais il requiert assez régulièrement le droit civil comme nous avons pu le constater. Ce dualisme, a pour conséquence directe de placer la femme dans une situation d'infériorité dans le droit de la famille, alors que dans les autres domaines de la sphère publique, elle jouit d'une citoyenneté totale consacrée, par la constitution et les autres lois et ceci a pour effet d'entraîner nombre de situations contradictoires comme le révèle le CNES (Conseil économique et social), dans un rapport publié en 1998. Ceci s'illustre particulièrement dans la double réforme du Code de la famille et de la nationalité à savoir que l'article 6 du Code de la nationalité établit l'égalité homme-femme en matière de filiation<sup>2</sup> alors que l'article 41 du Code de la famille affine l'enfant uniquement au père<sup>3</sup>. Cette division entre Code de la famille et les autres domaines du droit pose donc un réel problème dans le champ juridique algérien et même au sein du Code de la famille cette dualité existe et pose un certain nombre de difficultés par rapport au mode et à la façon d'application de ce code inspiré du fiqh qui se caractérise par une grande flexibilité et un pouvoir d'adaptation devant les situations ainsi qu'un recours aux coutumes , chose qui n'existe pas au sein des constructions juridiques dont le code s'inspire en figeant le fiqh le législateur a privé le juge de la possibilité de s'adapter aux situations et d'interpréter le fiqh .

En conclusion, le code a maintenu la notion d'infériorité de la femme par rapport à l'homme, et même si les réformes réalisées en 2005 avaient pour but de faire évoluer

---

<sup>1</sup> G.Graba, Z.Haddab, Femmes objets ou femmes sujets : Les enjeux du Code de la famille en Algérie, AUF, Acte du premier colloque « aspect de l'Etat de droit et de démocratie, Dakar, 25-27 Avril 2006, p45.

<sup>2</sup> Article 6 du Code de la nationalité : Est considéré comme Algérien l'enfant né de père ou de mère Algérienne.

<sup>3</sup> Article 41 du Code de la famille : L'enfant est affilié à son père par le fait du mariage légal de la possibilité des rapports conjugaux, sauf désaveu de paternité selon les procédures légales.

cette situation, un long chemin reste encore à parcourir, afin d'avoir un code établissant la pleine égalité des sexes comme c'est le cas pour les autres catégories du droit, et également mettre fin au paradoxe qui existe dans la société entre l'intégration accélérée des femmes dans la vie socioéconomique<sup>1</sup> et leur faible reconnaissance, du point de vue du droit<sup>2</sup>. S'il n'existe apparemment pas de discrimination formelle à l'encontre des femmes de nature à limiter leur accès aux services publics, ce sont certaines pratiques socioculturelles qui constituent les principaux obstacles à l'égalité dans les rapports de genre.<sup>3</sup>

#### b. Le statut des femmes dans les sociétés musulmanes

Le statut des femmes est basé, dans la majorité des pays musulmans sur la Charia, cette dernière apparaît particulièrement inadaptée face à une réalité sociale en plein changement. Ayant comme source, la religion musulmane, la Charia semble pour beaucoup être l'une des premières causes d'une condition féminine de plus en plus mauvais au sein des pays qui s'y réfèrent, contrairement à ce qu'a pu représenter l'Islam pour l'émancipation de la femme. Son apparition a représenté une révolution pour les droits des femmes, car la religion musulmane a combattu les pratiques préislamiques barbares et superstitieuses qui consistaient à enterrer les filles à leur naissance vivantes. Le Coran, de ce fait, a condamné cet acte allant même jusqu'à qualifier cet acte, comme une des descriptions du cataclysme de la fin du monde « .....Lorsque qu'à la fille enterrée vivante il sera demandé pour quel forfait elle a été tuée..... »<sup>4</sup> La suppression de cet acte criminel fut donc le sujet de la première loi islamique. Le Coran accorde une grande importance à la femme en lui consacrant une sourate et en la citant à diverses reprises et ceci afin d'inciter les musulmans à lui donner la place et les droits qu'elle mérite au sein de la société. Le Prophète a également témoigné de son profond respect envers le genre féminin en citant « je suis père de filles » dans le but que le fait d'avoir une fille soit une bénédiction pour les parents « Celui qui donne à sa fille une bonne éducation et lui prodigue son affection le seigneur, lui accorde, cette fille lui apportera le bonheur et dévira ses pas du chemin de

---

<sup>1</sup> Les Cahiers du Crasc, Processus de construction du couple : Expériences et imaginaires, Coordonné par N.Benghabrit- Remaoun, CRASC, Oran, 2014, P15.

<sup>2</sup> Y.Rahou, Le statut de la femme en Algérie, AUF, Acte du premier colloque « aspect de l'Etat de droit et de démocratie, Dakar, 25-27 Avril 2006, p49.

<sup>3</sup> Les Cahiers du Crasc, Situation de la femme dans la Daira de Charouine Wilaya d'Adrar, Sd : N..Benghabrit – Remaoun, A. Benamar, K. Keddar, B. Moutassem-Mimouni, F-Z. Sebaa, CRASC, Oran, 2012, P3.

<sup>4</sup> T. Haddad, notre femme, la législation islamique et la société, ANEP, Alger, 2005.

l'enfer vers celui du paradis » le prophète réunissait régulièrement des femmes afin de leur expliquer les préceptes de l'islam, car il savait que les femmes transmettent leur savoir à leurs progénitures, ce qui allait contribuer à promouvoir l'islam au sein de la société. Le message coranique et l'éthique prophétique ont donc incontestablement représenté un formidable élan de libération : avant l'islam, les femmes étaient considérées comme un bien tribal et familial, dont la seule fonction se résumait à élever les enfants, au sein de la famille patriarcale ou seule la filiation agnatique était reconnue.

En Arabie, comme dans la plupart des autres pays méditerranéens ; la domination masculine était de rigueur : mariage des fillettes, inégalité et hiérarchisation entre les sexes était monnaie courante. Les femmes ont longtemps fait l'objet de stratégies de la part des hommes ayant le monopole du contrôle de la circulation des biens : elles ont été soumises à des rapports d'échange et de force entre familles et clan tribaux.<sup>1</sup> Les innovations de l'islam sont donc indéniablement significatives : obligation du mari à subvenir aux besoins de son épouse et de ses enfants, autonomie financière de la femme, droit découlant du divorce, droit à l'héritage ou au douaire, limitation et mise sous condition de la polygamie qui était une pratique largement répandue à l'époque, suppression du Jabr à savoir le mariage forcé condamné par l'islam, et le consentement des époux obligatoirement requis.

Les premiers temps de l'islam se distinguent par une réelle tolérance et une mixité au sein de la société, à l'époque du prophète ses épouses, ses filles et d'autres femmes ont joué un rôle fondamental en s'exprimant en toute liberté, à l'image de Khadija à qui le prophète confia le déploiement de sa prédication, ou encore Aïcha qui participait aux assemblées délibératives et a assumé de hautes responsabilités, Um Waraqa dirigeait la prière en raison de sa bonne connaissance du coran et bien d'autres femmes qui bénéficiaient du droit de participer aux affaires administratives et commerciales.

Il est à remarqué que ces évolutions ne se sont pas arrêtées, elles se sont poursuivies à l'âge classique, où les femmes exerçaient une influence politique considérable à l'image des deux reines yéménites, Asma(1087) et sa bru Umra(1138), qui avaient pour privilège de prononcer le sermon du vendredi à la mosquée, ou encore Sitt al mulk, la Fatémide sœur du calife Al- Hakim, qui a régné de 1020 à 1024, et bien d'autres. Cette période se caractérise comme étant l'âge d'or de l'islam fécond et égalitaire.

---

<sup>1</sup> A. Lamchichi, La condition de la femme en islam, l'Harmattan, Paris, 2004.

En conclusion ; Le Coran considère l'être humain comme une âme rencontrant Dieu dans cette vie, de manière à accéder à la connaissance, à lui obéir gagnant ainsi l'accès au paradis, par conséquent, le Coran considère que l'homme et la femme sont égaux devant Dieu « *Gens craignez votre seigneur qui vous a crée tous d'une seule âme, de cette âme il forma sa compagne et de ces deux fit foisonner beaucoup d'hommes et de femmes*<sup>1</sup> ».

« *O hommes nous vous avons créé d'un homme et d'une femme, nous vous avons partagé en nations et tribus, afin que vous vous connaissiez entre vous. Le plus digne devant Dieu est celui d'entre vous qui le craint*<sup>2</sup>».

Il paraît clair à la lecture de ces textes sacrés que le Coran interpelle aussi bien le croyant que la croyante « *Nul ne portera le fardeau de l'autre*<sup>3</sup> ».

Comme nous avons pu le constater, l'islam a contribué à la mise en place d'un nouvel ordre social qui accorde à la femme un statut honorable et qui construit une ébauche de citoyenneté de la femme au sein de la cité musulmane<sup>4</sup>. Les historiens du droit musulman s'accordent en majorité pour affirmer que « l'intention évidente des règles coraniques était d'améliorer la position des femmes »<sup>5</sup> en instaurant des droits et des obligations réciproques pour chacun des époux ainsi qu'en octroyant aux femmes nombre de droits dont elles étaient privées. La question qui se pose à présent, est de savoir si oui ou non les successeurs du prophète ont œuvré dans le même sens ?

La réponse à cette question n'est pas chose évidente dans la mesure où l'on distingue deux courants, l'un soucieux d'améliorer la condition féminine à l'image du calife Abu Baker (octroi du droit à l'héritage aux grands-mères) mais aussi le calife Omar ( qui a accordé à la femme répudiée un logement et une pension) ainsi que le calife Othman ( qui a déclaré sans effet la répudiation de la femme dont le mari est sur son lit de mort en vue de la priver de l'héritage)<sup>6</sup>. L'autre courant au contraire désireux de réduire les libertés accordées aux femmes comme cela a été le cas concernant le port du voile obligatoire pour la femme avec sanction à la clé décrété par les ulémas des principales écoles religieuses musulmanes

---

<sup>1</sup> Sourate4 El Nissa, verset 1.

<sup>2</sup> Sourate 49 Al Boujourat, verset1.

<sup>3</sup> Sourate6 Al An00m, verset 164.

<sup>4</sup> I. Gharbi, statut et droit de la femme : Eclairage au féminin, Actes du Congrès international Féminin pour une Culture de la Paix, Oran, 2015.

<sup>5</sup> N. Coulson, Histoire du droit islamique, Presse Universitaire de France , Paris, 1995,P38.

<sup>6</sup> I. Gharbi, Statut et droit de la femme éclairage au féminin, Actes du congrès international féminin pour une culture de la paix, Oran, 2015, P325.

(Malikite Chaféite), et les mariages forcés des filles, cependant les docteurs du droit n'ont jamais prétendu que leurs points de vue et leurs interprétations étaient immuables et divines. Ils admettent des avis contraires comme le disait Malik « Je ne suis qu'un homme qui peut dire vrai tout autant qu'il peut se tromper ; alors considérez bien mes sentences et n'en retenez que celles qui vous semblent conformes à l'énoncé du Coran et des Hadith »<sup>1</sup> ainsi que Ibnu Hanafia qui déclarait que « Nos sentences ne sont que des opinions personnelles, si quelqu'un nous apportait de meilleures nous les accepterons »<sup>2</sup>. Cela montre bien les limites de certaines fatwas qui ne représentent qu'une interprétation certes d'homme égérie mais cela demeure une interprétation, et non pas un précepte religieux divin comme voudraient le faire croire certains qui se cachent derrière les règles de la Charia pour justifier la discrimination et l'atteinte au droit de la femme, dans ce contexte il est aberrant de voir l'inadéquation entre la théorie et la pratique, entre la place de la femme au début de l'islam et sa situation actuelle dans certaines contrées, l'islam fut une libération de la femme dans le contexte de l'époque, contrairement à ce qui se passe de nos jours. Il est donc à constater que le statut des femmes dans le monde arabo-musulman est déplorable et se caractérise par une montée d'attitude misogyne, sexiste et parfois même violente au sein des sociétés à des degrés divers, en cause la montée en puissance de la Charia comme source législative et ceci particulièrement après la libération économique des pays musulmans, libéralisation qui ne s'est pas traduite sur les plans des mœurs et de l'éducation. L'invasion des normes occidentales par l'intermédiaire des télévisions par satellite, a pour ainsi dire provoquée un regain d'affirmation de la différence et un ancrage sur des traditions<sup>3</sup>. C'est le constat qui est fait dans un grand nombre de pays musulmans. Au nom de la décadence des mœurs soi-disant engendrée par la libération de la femme, ce discours constitue la résultante d'une interprétation dogmatique et donc déformant de la religion, ne prenant pas en compte l'aspect culturel et social. Le PNUD<sup>4</sup> dans son programme d'appui à la stratégie nationale de lutte pour l'égalité entre les genres et l'autonomisation des femmes en Algérie avait pour objectif la disparition voire la réforme des lois discriminatoires envers les femmes et leur participation plus effective dans la vie politique. En procédant à différents calculs, pour mettre en exergue les disparités, cet indicateur fournit une estimation de la participation des femmes dans le pouvoir décisionnaire dans les domaines politiques et économiques. C'est ainsi que le bilan de ce classement

---

<sup>1</sup> Al Chatibi(Abu Ishak Ibrahim), 1320-1388, les approbations dans les sources de la charia

<sup>2</sup> C.F. Al Qaradawi, Le despotisme religieux, le plus dangereux des despotismes, [www. Qaradawi.net](http://www.Qaradawi.net), 29 octobre2009.

<sup>3</sup> F.Oukazi, Femmes en Islam, L'Harmattan, Paris, 2016. P71.

<sup>4</sup> Programme des nations unies pour le développement.

mondial a révélé que les trois derniers pays sont des pays arabes à savoir : Le Yémen, l'Égypte, et les Emirats Arabes Unies. Les autres pays arabes se trouvent eux aussi au bas du classement. La même source a également révélé que parmi les principaux pays où aucune loi ne garantit le droit de vote ou il existe des disparités sont les pays arabes derniers du classement. Ce constat est révélateur de l'inégalité flagrante qui règne dans le monde musulman, en particulier si l'on compare la période actuelle à l'âge d'or de la civilisation musulmane, comme nous avons pu le voir plus haut. Néanmoins, même s'ils restent insuffisants des progrès ont été réalisés, désormais les femmes musulmanes ont pu accéder à divers postes de responsabilité dans des domaines divers tel que l'enseignement, la recherche scientifique, l'art, la culture, l'administration ainsi que dans d'autres secteurs socioéconomiques. Cette participation représente donc une avancée de la condition féminine mis à part qu'elle ne concerne que quelques secteurs d'activité et une certaine catégorie de femme à savoir l'élite et les couches moyennes urbaines. Le reste de la population féminine vivant à la campagne connaît un taux important d'analphabétisme et se voit cantonné à un rôle domestique et reproducteur imposé par le sexe masculin.

Il existe un grand nombre d'associations féministes, de par le monde arabe, qui militent en faveur d'une éducation à la démocratie, à l'apprentissage de la tolérance, du vivre ensemble dans des sociétés pluralistes à construire, du respect de la dignité d'autrui, de l'altérité et de la différence comme cela a été le cas au siècle dernier où l'islam était libérateur de la condition féminine. Il est donc impératif pour Abderrahim Lamchichi que *« l'évolution positive de la condition de la femme passe par l'éducation à l'affranchissement de la conscience individuelle vis-à-vis des pesanteurs de tradition non assumées, donc non vraiment vivantes ; c'est-à-dire l'éducation à l'autonomie rationnelle du jugement personnel ; l'apprentissage de l'esprit critique et du respect réciproque des convictions individuelles dans le respect de la loi démocratique commune. »*<sup>1</sup>. Il est à noter que les femmes luttent à travers des œuvres d'art, une littérature non conformiste, la musique, le théâtre, le cinéma bravant ainsi les interdits.

Le statut féminin en islam a pris un tournant particulier, à partir de la révolution iranienne de 1979 et il continue même de nos jours à constituer un des sujets de préoccupations des sociétés arabes : la manière de la femme de s'habiller, se marier, travailler.... et occulte tous les autres problèmes urgents et les interrogations fondamentales

---

<sup>1</sup> A.Lamchichi, Le statut de la femme dans les sociétés musulmanes, Confluences Méditerranée, L'Harmattan, n°59, Paris 2006.

qui gangrènent les pays musulmans, comme la corruption, les profondes injustices sociales et économiques, le gâchis des biens de l'état, le manque de considération pour les gens modestes, l'absence de rigueur dans le travail<sup>1</sup>.

Pour conclure, la condition féminine varie en fonction des époques, Le paysage islamique est pluriel, dense et riche de sa diversité, on cite le cas de la Tunisie, dont le président, dès l'indépendance, a interdit la répudiation et la polygamie contrairement à la majorité des sociétés musulmanes qui autorise la polygamie et de nombreuses femmes ont intégré ce fait social, même si cette pratique matrimoniale, en raison des coûts induits, reste tout à fait marginale. L'Irak et la Syrie, ont également établi des lois sociales laïques, mais les inégalités sociales et l'oppression exercée, puis par la suite les interventions militaires occidentales ont eu un impact désastreux et ont généré une situation catastrophique. Mais, comme nous avons pu le signaler plus haut la dégradation de la situation féminine la plus préoccupante reste celle des pays du Golf, et même les décisions politiques, aussi libérales soient-elles comme celles de la Tunisie, n'ont cependant pas empêché la progression des idées islamo politiques les plus rétrogrades parmi les catégories sociales souvent les plus pauvres, et ceci s'explique souvent par l'absence d'instruction civique et le désarroi dans lequel se trouve cette population qui manque cruellement de perspectives. La religion mal interprétée est souvent la seule issue proposée et malgré l'absence de clergé en Islam, le discours est souvent uniforme et profondément misogyne, cela s'explique souvent par un laisser-aller des autorités qui ne réagissent pas à des prêches religieux prônant la violence et la haine devant des foules de plus en plus nombreuses, grâce aux moyens des nouveaux outils de communication qui touchent encore plus de monde tels que internet et également à travers des réseaux sociaux de plus en plus rapides (Face book, Twiter...etc.).

Le statut de la femme comme nous avons pu le constater varie d'un pays à l'autre, et ce en fonction des cultures, mais il est à signaler que même dans les pays les plus avancés en matière d'égalité des sexes, la situation reste préoccupante. Il est vrai que l'Occident a subi une certaine avancé par rapport aux pays musulmans en la matière, cette dernière est la résultante d'un combat acharné des femmes, mais qui reste malgré tout inachevé, en témoigne l'exemple des salaires en France ; deux employés avec les mêmes diplômes et la même expérience n'auront pas le même salaire selon le sexe : des hommes ou des femmes

---

<sup>1</sup> F ; Oukazi, Femmes en Islam, L'Harmattan, Paris, 2016.

(ce dernier est plus élevé pour l'homme) alors que ce n'est pas le cas dans certains pays musulmans comme l'Algérie. En témoigne également la vague d'indignation survenue en 2017 qui avait pour slogan « balance ton porc » afin de condamner le harcèlement sexuel aux États-Unis, en Grande-Bretagne, en France et dans tout le monde occidental. Il convient donc de poursuivre le combat particulièrement dans les pays où les courants traditionnalistes et extrémistes tentent de remettre en cause les fragiles acquis en matière de droit des femmes et tenter d'imposer leurs compétences dans les domaines-clés tels que l'éducation, la santé, l'entreprise, la recherche scientifique et particulièrement dans le champ politique où se prennent toutes les décisions importantes qui la concernent et où elle reste minoritaire encore.

# Conclusion

## **Conclusion :**

Nous avons tenté à travers notre étude de faire une analyse des pratiques sociales concernant la norme juridique à savoir : la traduction de la norme juridique édictée par le législateur sur le terrain, relative au domaine du statut personnel. Dans cette perspective nous avons procédé à la présentation synthétique d'auteurs ayant étudié du droit musulman (les sources, la formation, l'historique mais aussi la capacité du religieux à incarner une norme juridique). Puis nous sommes passés à l'étude de la norme juridique et de ses particularités afin de faire une comparaison entre les deux règles. Puis dans un deuxième temps nous avons procédé à l'étude du code algérien de la famille à savoir son histoire et son contenu afin d'établir la corrélation entre le contenu des textes et la façon dont ils sont appliqués par les personnes habilitées à le faire. En ayant pour outil l'analyse des arrêts rendus par la Cour suprême et également l'utilisation de la méthode de l'entretien et ceci concernant les thématiques suivantes : Le mariage, le divorce et ses effets. L'impossibilité de faire une étude qualitative sur l'ensemble des éléments constitutifs du Code de la famille dans une seule étude nous a amené à nous restreindre à l'analyse des thématiques citées plus haut.

Nous avons procédé à l'examen des répercussions et l'impact de la norme juridique sur la condition féminine dans notre pays et au delà de nos frontières et également d'une manière plus générale à une comparaison concernant la mise en œuvre du statut personnel dans d'autres pays du Maghreb (Maroc, Tunisie) et en France et cela pour des raisons évidentes (historique).

Notre investigation nous a permis de tirer un certain nombre de conclusions concernant notre thème (dont il reste encore bien entendu beaucoup d'éléments à étudier) à savoir que les pistes de recherches dégagées au départ de notre étude se révèlent toutes jouer un rôle actif dans la pratique juridique de notre pays. Dans le sens où la dualité qui existe aujourd'hui dans le système législatif en Algérie est en grande partie la résultante de l'héritage colonial à savoir la coexistence de normes empruntées au droit positif et celles ayant pour source le religieux incarné par la charia. Il est à signaler que ces deux sources ne sont pas de la même nature et n'ont pas les mêmes objectifs comme nous avons pu le constater, d'où la difficulté de faire d'une norme religieuse une norme juridique. IL est à constater que cette dualité du système normatif a entraîné une pratique judiciaire inégale entre les sexes au détriment des femmes, sous prétexte qu'il serait conforme au religieux,

élément qui ne pose absolument pas problème dans les autres domaines juridiques (droit civil, droit pénal, droit commercial...ex) Nous avons pu en conclure que le religieux se révèle n'être qu'un instrument dont il est utilisé à chaque fois qu'est évoqué l'émancipation ou la place de la femme au sein de la société, ce qui se répercute bien entendu sur la pratique et donc sur l'effectivité de la loi sur le terrain . Il est donc à constater que même lorsque le législateur accorde à la femme des droits supplémentaires comme cela a été le cas en 2005, la mise en pratique pose problème particulièrement au début. Il semble donc évident que l'enjeu féminin est au cœur de la problématique de l'effectivité du droit.

Notre travail tente également de mettre en exergue le rôle essentiel du juge dans la mise en application des textes juridiques produits par le législateur. Les pratiques juridiques ont changé dans le sens où l'on distingue deux périodes avant 1984 date de promulgation du Code de la famille et celle qui lui succède, pour la première le juge en l'absence de textes juridiques, tranchait en se référant aux principes de la charia, qui a occasionné une variance au sein de l'institution judiciaire et ceci en raison de la multiplicité des types d'interprétation et du grand nombre de courants idéologiques. Il en résulte que l'on peut retrouver sur les mêmes sujets des positions différentes, même s'il est vrai que notre pays à l'instar des autres pays du Maghreb se positionne dans la mouvance malikite, il arrive que les juges se réfèrent à d'autres courants . Puis, dans un second temps, cet état des lieux (variance) a persisté dans une proportion moindre et ceci malgré la mise en place de textes concernant la famille. Nous constatons également que dans la période qui succède à l'établissement du Code du statut personnel, un grand nombre de jugements avait encore pour référent la charia et ceci particulièrement dans la période s'étendant des années 80 jusqu'au début des années 90, comme a pu le révéler notre étude. En sachant, toutefois que cette pratique a eu tendance à diminuer au fil des années, il en résulte le constat suivant qu'aujourd'hui, au sein des tribunaux, la majorité des jugements rendus se base sur le support juridique et ne fait qu'occasionnellement référence à la charia en l'absence de texte sur le sujet.

Cependant, nous constatons, que malgré l'institution de textes juridiques, cette variance persiste encore aujourd'hui, ceci peut s'expliquer par le fait que même s'il existe des textes juridiques précis, il est laissé au juge une certaine liberté d'appréciation.

Il est à noter, que cette disparité, au sein des instances juridiques a tendance à s'accroître lorsque le texte de loi n'est pas précis ou quand il contient des notions non précisées. . Cette situation engendre, non seulement une variance, dans la jurisprudence et également

l'arbitraire judiciaire comme le révèle Jean Carbonnier et nombre d'éminents juristes. La résultante se traduit par l'émergence d'une multitude d'interprétations rendu par les juges lorsquequ'ils statuent sur les affaires dont ils ont la charge , Un élément nous a aussi permis d'expliquer ce phénomène (La variabilité au sein de l'institution judiciaire), ce dernier nous a été rapporté par des praticiens exerçant au sein de l'institution judiciaire, pendant les entretiens que nous avons fait, à savoir que les juges affectés aux affaires familiales sont de plus en plus jeunes et inexpérimentés, et qu'ils ne bénéficient pas d'une formation spécifique tout en sachant que le juge algérien a la particularité d'être polyvalent. La question est de savoir si cela ne représente pas un élément explicatif du phénomène de variance, est-ce qu'un juge qui serait formé dans ce domaine spécifique ne devrait il pas avoir une connaissance du droit religieux en la matière et bénéficier également d'une formation dans le domaine de la socio psychologie familiale et de la médiation ne serait il pas bénéfique ceci en vue de diminuer la pluralités des décisions de justice et de permettre d'établir une uniformisation dans la pratique juridique au sein des tribunaux. Constatation est faite que la cour suprême se révèle être une instance de régulation avec pour objectif de faire respecter les textes de loi tels que prévus.

## *Sommaire*

### **Introduction générale**

1. Introduction.....	7
2. Démarche méthodologique (techniques d'enquête et outils d'analyses).....	15

### **Première partie : Les prémices théoriques .....21**

#### **Chapitre 1 : « le droit musulman » : diversité et hiérarchie des sources**

##### **1.1 Multiplicité des Sources du « droit musulman ».....29**

a- Les sources fondamentales .....29

b- Les sources dérivées .....31

c- Les sources annexes .....32

##### **1.1 Formation historique du « droit musulman ».....34**

a- Périodes des origines.....35

b- L'époque préclassique .....35

c- L'époque classique.....36

d- L'époque post classique.....37

e- L'époque moderne.....38

##### **1.3 Le rôle prégnant du fiqh.....41**

a- La charia : une source supplétive.....41

b- Le fikh : Diversité des modes d'interprétations.....42

##### **1.4 Le droit de la famille dans la sphère juridique algérienne.....46**

a- Place du « droit musulman » dans la législation algérienne .....47

b-Effets de la dualité des sources sur l'effectivité des normes.....50

**Chapitre2 : La singularité du code de la famille.....51**

**2.1 Définition de la norme juridique.....53**

a- Source de la norme juridique .....53

b- Les caractéristiques de la norme juridique (juridicité de la norme).....59

**2.2 Distinction de la règle de droit et des autres règles sociales : entre complémentarité et différence .....62**

a- Distinction de la règle de droit et de la morale.....62

b- Distinction de la règle de droit et de la règle coutumière.....63

**2.3 Distinction entre la norme juridique et la norme religieuse : Une différence de nature et non de degrés .....64**

a- Distinction de la règle de droit et de la norme religieuse.....64

b-Difficulté de codification du religieux .....65

**Deuxième partie : La spécificité du droit de la famille .....67**

**Chapitre3 : Etude rétrospective du code de la famille Algérien : une difficulté de codification.....68**

**3.2 Processus de codification du code de la famille .....72**

a- le statut personnel à l'époque coloniale.....72

b- Contraintes de la mise en œuvre du code de la famille : Prégnance des facteurs extra juridiques.....76

c- Conséquences de la mise en œuvre :le primat du politique.....77

**3.2 Réforme du code de la famille en 2005.....82**

a- Modifications apportées au texte : une protection de la situation juridique de la femme..83

b - Effectivité des changements en pratique.....	87
<b><u>Chapitre4 : les effets produits par la norme juridique : variabilité des pratiques.....</u></b>	<b>97</b>
<b>4.1 Les effets produits par le code de la famille .....</b>	<b>99</b>
a. La variance de la pratique du droit .....	100
b. Le vécu par rapport à la pratique juridique .....	114
<b>4.4 Le rôle de la justice dans la mise en application des textes juridiques.....</b>	<b>125</b>
a- L'importance du juge quand au fonctionnement de l'institution judiciaire .....	126
b- Itinéraire de la formation de juge .....	127
c- Itinéraire professionnel d'un juge de la famille.....	129
<b><u>Chapitre 5 : Comparaison de mise en œuvre du statut personnel .....</u></b>	<b>131</b>
<b>5.1-Mise en œuvre du Code de la famille au Maghreb .....</b>	<b>133</b>
a – El Moudawana : Le Code du statut personnel Marocain.....	134
b- El Majala : Le Code du statut personnel tunisien leader vers une égalité des sexes.....	140
c- Le droit de la famille en France.....	145
<b>5.2-Les effets produits par la norme sur la condition féminine.....</b>	<b>153</b>
a- Place de la femme dans le Code algérien de la famille.....	155
b- Le statut de la femme dans les sociétés musulmanes.....	160
<b>Conclusion.....</b>	<b>167</b>

## Bibliographie

### *Les Ouvrages*

- Abassi.Z, la demande de divorce dans la famille algérienne contemporaine, OPU, 2005, Alger.
- Abouddrar.S, Construction normative et féminité, PUF, 2004, France.
- Abouddrar.S, Construction normative et féminité, PUF, 2004, France.
- Abu-Sahlieh.S.A, Introduction au droit musulman : Fondement sources et principes, Centre de droit Arabe et Musulman, 2012, Paris.
- Alili.R, Qu'est ce que l'Islam, La découverte, 1996, Paris.
- Antoine.E.R, *Le mariage maghrébin en France*, ed Karthala, 1990, Paris.
- Antoine.E.R, *Le mariage maghrébin en France*, ed Karthala, 1990, Paris.
- Arkoun.M, Humanisme et Islam Combat et propositions, Vrin, 2005, Paris.
- Ascha.G, Mariage polygamie et répudiation en Islam, l'Harmattan, 1997, Paris.
- Aslaoui.L, Etre juge, ENAL, 1984, Alger.
- Aslaoui.L, Dérives de justice, Bouchene, 1990, Alger.
- Bencheneb.A, Une introduction à la règle de droit en Algérie, AJED, 2013, Alger.
- Benmelha.G, Eléments du droit algérien de la famille, Publisud, 1985, Paris.
- Bernard-Maugiron.N, La place de la charia dans la hiérarchie des normes La découverte, 2012, Paris.
- Bernard-Maugiron.N, La place de la charia dans la hiérarchie des normes La découverte, 2012, Paris.
- Berteaux.D, L'enquête méthodologique : Le récit de vie, ed Armand Colin, 2005, Paris.
- Bessis.S et Belhassen.S, *Bourguiba. Un si long règne*, tome II (1957-1989), éd. Jeune Afrique Livres, 1989, Paris.
- Bessis.S et Belhassen.S, *Bourguiba. Un si long règne*, tome II (1957-1989), éd. Jeune Afrique Livres, 1989, Paris.

- Bleuchot.H, Droit Musulman, Presse Universitaires D'Aix- Marseille, 2000.
- Bleuchot.H, Droit Musulman, Presses Universitaires d'Aix- Marseille, 2000, Marseille.
- Bonnecase.J, Introduction à l'étude du droit, Recueil Sirey, 1939, Paris.
- Botems.C, Le droit musulman Algérien à l'époque coloniale, Slatkine Eruditio, 2014, Genève, 2014.
- Bontems.C, Le droit musulman Algérien à l'époque coloniale, Slatkine Eruditio, 2014, Genève.
- Botems.C, Les tentative de codification du droit musulman dans l'Algérie coloniale, Edition du CNRS, 1989,Paris.
- Botiveau.B , Loi islamique et droit dans les sociétés Arabes, 1993, Paris.
- Botiveau.B, Loi islamique et droit dans les sociétés arabes, Karthala, 1993, Paris.
- Bouali.R. M, Perception féministe, OPU, Oran, Algérie.
- Bourdieu.P , Sociologie de l'Algérie, PUF, Que sais-je, 1980, Paris.
- Bourdon.R Demeulenaere.P, Vitale.R, L'Explications des normes sociales, 2001, Puf, Paris.
- Bourdon.R, Demeulenaere.P, vitale, L'Explications des normes sociales, Puff, 2001.
- Bourguiba.H, Extraits de discours, cités par S. Bessis et S.Belhassen, Bourguiba un si long règne (1957-1989), JAL,1989, Tunis.
- Bousquet.G.H, Le droit musulman, Armand Collin, 1963, Paris.
- Boutefnouchet.M, , La famille algérienne : évolution et caractéristiques recentes, SNED, 1970, Alger.
- Camau.M , Geisser.V, *Habib Bourguiba. La trace et l'héritage*, Karthala, 2004, Paris.
- Camau.M, Geisser.V, *Habib Bourguiba. La trace et l'héritage*, Karthala, 2004, Paris.
- Carbonnier.J, Droit civil : Introduction les personnes la famille, l'enfant, le couple, Quadrige, 1956, Paris.
- Carbonnier.J, *Essais sur les lois*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd , 1995, Paris.
- Carte-Bocquillon.C, Kilig.L, Introduction au droit, Vuibert, 2016-2017, Paris.
- Castellan.Y, la famille, P.U.F., 1996, Paris.
- Chafi. M, Code du statut personnel annoté, Walili , 1996, Marrakech.

- Chafi. M, Code du statut personnel annoté, Walili , 1996, Marrakech.
- Chaïla.H, Oran, Ibn khaldoun, 2001, Oran.
- Chamari.A.C, La femme et la loi en Tunisie, Bouchene,1991 Alger.
- Chamari.Ac, La femme et la loi en Tunisie, Bouchene, 1991, Alger.
- Charles.R, Le droit musulman, Presse Universitaire de France, 1965, Paris.
- Chéhata.Ch, études de droit musulan, P.U.F, 1971.
- Cissé.A, Musulmans, pouvoir et société, L'Harmattan, 1998, Paris. p239
- Coulson.N, Histoire du droit islamique, Presse universitaire de France,1995, Paris.
- Coulson.N, Histoire du droit islamique, Presse Universitaire de France, 1995, Paris.
- De Lamaz.E, Pujalte.C, L'avocat, le juge et la déontologie, Puf, 2009, Paris.
- De Lamaz.E, Pujalte.C, L'avocat, le juge et la déontologie, Puf, 2009, Paris.
- Dekeuwer-Défossez.F, Droit des personnes et de la famille : de 1804 au pacs et au delà, Le seuil, 2003, Paris.
- Delnoy.P, Eléments et méthodologie juridique, Larcier, 2006, Bruxelles.
- Desrosieres.A, Marché matrimonial et structure des classes sociales, 1993, Paris..
- Djait.H, La personnalité et le devenir arabo-islamique, Seuil, 1974, Paris.
- Djait.H, La personnalité et le devenir arabo-islamique, Seuil, Paris.
- Dujardin.L.C, dialogue de femme en ethnologie, la découverte, 2002, paris.
- Durkheim.E, La famille conjugale, l'année sociologique, Nathan, 1982, Paris.
- Études démographiques, état matrimonial et stratégies familiales, CERED, 1997, Rabat, Maroc.
- Fize.M, La Famille, Le cavalier bleu, 2005, Paris.
- Fize.M, La famille, Le cavalier bleu, 2005, Paris.
- Flory.M et Henry.J.R, L'enseignement du droit musulman, Centre national de la recherche scientifique, 1989, Paris.
- Flory.M et J-R henry, L'enseignement du droit musulman, Centre national de la recherche scientifique, 1989, Paris.
- Foehrlé.R, l'Islam pour les profs, Karthala, 1992, Paris.
- Fortier.J.F, Pizzarro Noël.F, La sociologie de AàZ, Pearson, 2013, Canada.
- Gadant.M, Le nationalisme algérien et les femmes, L'Harmattan,1995, Paris.

- Gardet.L, L'islam, religion et communauté, Desclée de Brouwer, 1970, France.
- Geisser.C.V, *Habib Bourguiba. La trace et l'héritage*, Karthala, Paris, 2004.
- Ghalioun.B, Islam et politique la modernité trahie, Edition la découverte, 2017, Paris.
- Graba.G, Haddab.F, Genre, inégalités, et religion, AUF, 2006, Dakar.
- Graham.I.R, Divine word and prophetic word in early Islam, Revue de l'histoire des religions, 1979.
- Grangé.N, Frédéric Ramel, Le droit international selon Hans Kelsen , 2<sup>e</sup> édition, 2018, Paris.
- Guechi.Fz, Construction de l'Etat et droit des femmes au Maghreb selon M.Charrad, Les femmes Africaines a l'épreuve du développement, CRASC, 2012,Algerie.
- Guinchard.S, Montager.G, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 22<sup>e</sup> édition, 2014, Paris.
- H.Vandeveld, Cours D'Histoire du droit musulman et des institutions musulmanes, OPU, 1983, Alger.
- Haddad.T, Notre femme, la législation islamique et la société. ANEP, 2005, Alger.
- Hanoteau.A et Letourneux.A, La kabylie et les coutumes kabyles, 1872-1873, Paris.
- Hart.H.L.A, Le concept de droit, Fac, université st louis, 1976, Bruxelles.
- Hauser.J, Glossaire des mariages de l'an 2000, André Colomer, Litec, 1993, Paris.
- Heinen.J et Razafi.S, Religion et politique, L'Harmattan, Paris, 2012.
- Homa.H, les frontières mourantes du mariage et du divorce dans les communautés musulmanes, wluml, 1996, France.
- Hubercht.G, Agostini.E, Droit civil, Sirey, 13<sup>e</sup> édition, 1983, Bordeaux.
- J.Pharaon.J et Dulau.CH, Etudes sur les législations anciennes et modernes, l'Legislation orientale, Droit Musulman, 1839, Paris.
- Kateb.K, L'émergence des femmes au Maghreb, APIC,2015, Alger.
- Kheldoun.K.M., Famille et démographie en Algérie.
- Khodja.S, Les Algériennes au quotidien entreprise nationale du livre, 1985, Alger.

- Lafon.J, Les capitulations ottomanes : Un droit para colonial ?, Droit, 1997, Paris.
- Lahouari.A, les mutations de la société Algérienne, Lharmahan, 1999, Paris.
- Lalami.F, Les Algeriennes contre le Code de la famille, Presses Science Po,Paris, 2012.
- De Lamaz.J, C.Pujalte, L'avocat, le juge et la déontologie, Puf, 2009,Paris.
- Lamchichi.A, Femme et islam l'impératif universel d'égalité, L'Harmattan, 2006, France.
- Lamchichi.A, La condition de la femme en islam, l'Harmattan, 2004, Paris.
- Larroumet.C, droit civil, Economica, Tome1, 5<sup>e</sup>Edition,2006, Paris.
- Lascoumes.P, Serverin.E, Théories et pratiques de l'effectivité du droit, Droit et sociétés, 1986, Paris.
- Lapassat. E.J, La justice en Algérie 1962-1968, Armand Colin, 1969, Paris.
- Laubert.J, Introduction au droit, Presse universitaire de France, 1979, Paris.
- Legos. B, famille, mariage, divorce, Pierre Mardaga, 1998, Bruxelles.
- Lespès.R, Oran, Bel horizon, 2003. Oran.
- Lévy-Bruhl.H, Sociologie du droit, Presse universitaire de France, 1967, Paris.
- Lévy-Strauss, Tristes Tropiques, Plon, 1955, France.
- M'Rabet ,F, la femme Algérienne suivi de les Algériennes François Maspeo, 1983, Paris.
- Margaret.M, femme, genre et société, la découverte, 2005, Paris.
- Maunier.R, loi française et coutumes indigènes en Algérie, Domat-montchétien, 1936, Paris.
- Maunier.R, loi française et coutumes indigènes en Algérie, Domat-montchétien, 1936, paris.
- Mernissi.F, La femme et la loi en Algerie, Bouchene , 1991, Algérie.
- Meysonnasse.V, Code civil musulman suivant le cadre du Code civil, Rite Malkites,1898, Paris.
- Millot.L, Cent ans de législation algérienne, L'œuvre législative de la France en Algérie, 1930, Paris.
- Millot.L, Paul blanc.F, introduction à l'étude du droit musulman, Sirey,1987 Paris.
- Minces.J , La femme voilée, Calmann-Lévy, 1990, Paris.

- Morand.M, Droit Musulman Algérien, Imprimeur- Libraire de l'Université, 1916, Alger.
- Nicoleau.P, Droit de la famille, ellipses, 1995, Paris.
- Nores.E, Essai de la codification du droit musulman Algérien, 1909, Alger.
- Nouredine.S, La femme et la loi en Algérie, Bouchene, 1991, Alger.
- Nouredine.S, la femme et la loi en Algérie, Bouchene, 1991, Alger.
- Ouabri.F, Etude du droit objectif et des droits subjectifs à la lumière de la législation Algérienne, OPU,2018, Alger.
- Oukazi.F, Femmes en Islam, L'Harmattan, 2016, Paris.
- Oussoukine.A, Le droit a l'épreuve des rites, Dar el Garb, 2001, Oran.
- Paul Blanc.F, Le droit musulman, Dalloz, 1995, Paris.
- PhilippeMuller, Cicéron un philosophe pour notre temps, L'âge de l'homme, 1990, Paris.
- Pouson-Petit.J, Les droits maghrébins des personnes et de la famille à l'épreuve du droit français, L'Harmattan, 2009, Paris.
- Pruvost.L, Une source du droit musulman : Le Consensus, La renaissance, 1980, Troyes.
- R.Maunier.R, loi française et coutumes indigènes en Algerie, Domat-montchétien, 1936, paris.
- R'kia.M A, la femme, la loi au Maroc, Bouchene, 1991, Alger.
- RedissiH., La tragédie de l'islam moderne, Seuil,2011, Paris.
- Renault-Brahiinsky.C, droit des personnes et de la famille, Gualino, 2007, Paris.
- Robert.J.C, Les droits Maghrébins des personnes et de la famille : vers une harmonisation ?, L'Harmattan, 2009,Paris.
- Robert.Jc, Les droits Maghrébins des personnes et de la famille : vers une harmonisation ?, L'Harmattan, 2009, Paris.
- Rouland.N, Anthropologie juridique, Presse universitaire de France, 1990, Paris.
- Roussel.L, La cohabitation sans mariage: Des faits aux interprétations, dialogue, 1986.
- Sabatery.A, Élément de droit musulman, Alger, 1866.E. Zeys, Traité élémentaire de droit musulman Algérien, 1885-1886, Alger.

- Sai, Fz, Quelques remarques à propos de la codification du droit de la famille, Credissh, 1983, Oran.
- Salah Bey.M.C, Cours d'introduction a la science juridique, OPU, 1977, Alger.
- Salhi, M, B, L'anthropologie et les sciences sociales en Algerie : élément pour un bilan, Sd : Nouria Benghabrit – Remaoun, Mustapha haddab : L'Algérie 50 ans après, Etat des savoirs en sciences sociales et humaines 1954-2004, CRASC, Constantine, 2008.
- Sautayra et Charbonneux, Du statut personnel et des successions, 1873-1874, paris.
- Schacht.J, Introduction au droit musulman Maisonneuve et Larose, 1983, Paris.
- Seriak.L, L'organisation et le fonctionnement de la justice en Algerie, ENAG, 1995, Alger.
- Studia islamica, ConsidérationS sociologiques sur le droit musulman ancien, 1955.
- Tassadit.Y, Piège ou le combat d'une femme Algérienne, édition publi-sude-awal, 1995.
- Tchouar.D, Réflexions sur les questions épineuses du Code algérien de la famille, OPU, 2004, Alger.
- Therey.I, Biet.C, La famille, la loi, l'état de la révolution au Code civil, imprimerie nationale, centre Pompidou, 1985.Paris..
- Vos questions sur le droit, Berti, Alger, 2009.
- Weber.M, Sociologie du droit, PUF, 1986, Paris.
- Zaalani.Z, Mini encyclopédie de droit Algérien : Notions fondamentales et doctrinales, Berti, 2009, Alger.

### *Dictionnaires*

- Dictionnaire de la sociologie, Larousse, Madrid, 2012.
- Dictionnaire de Sociologie, Armand Colin, 4<sup>e</sup>édition,France , 2014.

- Encyclopédie de l’Islam, Maisonneuve et Larose, Paris, 1987.
- Encyclopédie de l’Islam, Maisonneuve et Larose, Paris, 1987.
- Lexique de sociologie, Dalloz, 4<sup>e</sup>édition, Toulouse, 2013.

### ***Colloques***

- Gharbi.I, Statut et droit de la femme : Eclairage au féminin, Actes du Congrès international Féminin pour une Culture de la Paix, Oran, 2015.
- Gharbi.I, Statut et droit de la femme : Eclairage au féminin, Actes du Congrès international Féminin pour une Culture de la Paix, Oran, 2015.
- Graba.G, Genre, Inégalité et Religion : quelques points d’articulation, AUF, Acte du premier colloque « Aspect de l’État de droit et de démocratie, Dakar, 25-27 Avril 2006.
- Graba.G, Haddab.Z, Femmes objets ou femmes sujets : Les enjeux du Code de la famille en Algérie, AUF, Acte du premier colloque « Aspect de l’Etat de droit et de démocratie, Dakar, 25-27 Avril 2006.
- Rahou.R, Le statut de la femme en Algérie, AUF, Acte du premier colloque « Aspect de l’État de droit et de démocratie, Dakar, 25-27 Avril 2006.

### **Les Revues**

- Revue algérienne d’anthropologie et de sciences sociales, Insaniyat n°4, Adel fouzi, la crise du mariage en Algérie, Crasc, 1998.
- Les Cahiers du Crasc, Situation de la femme dans la Daira de Charouine Wilaya d’Adrar, Sd : N ouria.Benghabrit –Remaoun, Aicha Benamar, Khadidja Keddar, Badra Moutassem-Mimouni, Fatima-Zohra Sebaa, CRASC, Oran, 2012.
- Les Cahier du Crasc, Salima Bouziane, Le divorce comme épreuve dans la vie du couple, Processus de construction du couple : experiences et imaginaires, coordonné par Nouria Benghabrit-remaoun, CRASC, Oran, 2014.
- Les Cahiers du Crasc, Situation de la femme dans la Daira de Charouine Wilaya d’Adrar, Sd : N ouria.Benghabrit –Remaoun, Aicha Benamar, Khadidja Keddar, Badra Moutassem-Mimouni, Fatima-Zohra Sebaa, CRASC, Oran, 2012.
- Cneap, famille et Demographie en Algerie, Mohamed Kouidri, Hamid Khaldoun, Mai 1999.

- L'année du Maghreb, Nahas M. Mahieddin, l'évolution du droit de la famille en Algérie, CNRS, Paris, 2005-2006.
- L'année du Maghreb, N. Aït Zaï, Femme famille et droit, CNRS, 2005, 2006, Paris.
- La revue du SNEAP, Mutation des structures familiales, n°27, 2003.
- Le lien, changements familiaux changements sociaux, N°3, 2006.
- Les cahiers de liberté, Nadia Aït Zaï, État des lieux sur le statut de la femme, SAEC- Liberté, 2009, Alger.
- Maghreb Machrekh , Normes et pratiques en matière de statut personnel la loi sur le " Khul " en Égypte.
- Maghreb Machrekh , Benard – Mangirou, Nathalie 2004 – 2005, 79 – 100 p N° 182.
- Revue Algérienne des Sciences Juridiques, Economique et Politique, Ait-Zai.N, Les effets du divorce en Algérie au regard du Code de la famille, numéro1, 2015, Alger.
- Revue algérienne des sciences juridiques économique et politique, Issad.M, Le rôle du juge et la volonté des parties dans la rupture du lien conjugal, 1968, Alger.
- Revue algérienne des sciences juridiques, C.Salah bey, droit de la famille et problème idéologique, , économique et politique, Alger
- Revue algérienne des sciences juridiques, F.Dekhli, Le principe d'égalité dans le mariage au regard du droit positif Algérien, économique et politique, Alger, 1985.
- Revue algérienne des sciences juridiques, M.Issad, Le rôle du juge et la volonté des parties dans la rupture du lien conjugale, économique et politique, Alger, 1968.
- Revue de la recherche juridique, L.Gimalac, L'imagination est elle une source du droit ?, droit prospectif.
- Revue Idara, A.Djebbar, La loi et le règlement dans la constitution du 28 novembre 1996, , n°1, 1997, ,Alger.
- Revue Internationale de droit comparé, Bostanji.S, Turbulences dans l'application judiciaire du code Tunisien du statut personnel, n°1,OPI, 2009, France.

- Revue internationale de droit comparé, R.Babaji, M.N.Mahieddin, Fiqh et droit de la famille, Paris, 1987.
- Revue juridique politique et économique du Maroc, Bouderbala.N, La loi musulmane et le changement social, 1980, Maroc.

### **Thèse**

- Adel.F, Formation du lien conjugal et nouveaux modèles familiaux en Algérie, thèse d'état, paris V, sous la direction de L Roussel janvier, 1990.
- Desnoyer.C, thèse de doctorat en droit privé : L'évolution de la sanction en droit de la famille, Lille2, 2000.
- Deumier.Py, Le droit spontané : contribution à l'étude des sources du droit, Thèse de doctorat, Université de Toulouse ; L.Gimalac, L'imagination est elle une source du droit ?, Revue de la recherche juridique, droit prospectif.
- Hanifi.L, La dissolution du lien conjugal du vivant des époux, Thèse de doctorat d'état, Université d'Alger, Faculté de droit, 2008.
- Von allmen, mariage et famille, l'évolution des structures familiales en Algérie + EHESS, 1980.

### **Site Web :**

- [www.cours de droit.net](http://www.cours.de.droit.net).
- [www.mjustice.dz](http://www.mjustice.dz).
- [www.news.un.org](http://www.news.un.org)

# **Annexes**

## Fiche d'enquête des justiciables

Prénom

Sexe

Age

Lieu de naissance

Lieu de résidence

Niveau d'instruction

Profession

Etat matrimonial

Nombre d'enfants

1. Que pensez-vous du Code de la famille algérien ?
2. Pensez vous que le Code de la famille doit subir des changements? Pourquoi ?  
Dans quel domaine ?
3. Avec qui avez-vous eu des conflits qui vous ont conduit au tribunal du statut personnel ? Pour quelle raison ?
4. Pour quelle raison avez-vous eu affaire à la justice ?
5. Etes-vous à l'origine de la procédure entamée ?
6. Quel est le motif de cette procédure ?
7. Avez-vous auparavant tenté d'autres modes de résolution des conflits ? Lesquelles ?
8. Combien de temps a duré la ou les procédures judiciaires ?
9. Cette procédure a-t-elle abouti ?
10. Vous sentez vous victime d'injustice ?
11. Si oui qu'elle a été votre réaction face à cette situation ?
  - a) Me battre

b) Résigné

12. Trouvez-vous qu'il soit difficile de faire appliquer votre décision de justice? si oui à quel propos ?
13. Selon vous quelles sont les raisons de ces difficultés ?
14. Quelles solutions avez-vous trouvé pour les surmonter ?
15. Quelle est la définition de la charia ?

## **Revue de la Cour suprême année 1990**

**Dossier n° 44630/ 09-02-1987/Affaire (M,a contre (K,ch)**

**Article : Les principes de la chariaa islamique**

Sujet : Quels sont les critères pour fixer la pension alimentaire

Principe : La pension alimentaire doit être définie en fonction du niveau de vie des deux époux en insistant particulièrement sur celui de l'épouse.

Décision : Le montant de la pension doit correspondre aux revenus des époux ce que n'a pas considéré la Cour d'appel de Tizi Ouzou et cela en baissant le montant de la pension la jugeant trop élevé chose qui ne s'appuie sur aucun texte juridique et qui est contraire à la charia

Décision : Accepter.

**Dossier n°44994 / 23-02-1987/affaire (D,m) contre (H,a)**

**Article : Les principes de la Charia islamique**

Sujet : Divorce à l'initiative de la femme ayant pour objet l'incapacité de l'époux de lui assurer un logement autonome

Principe : L'incapacité de l'époux de fournir à son épouse un logement autonome ne constitue en aucun cas une raison suffisante pour l'épouse d'avoir le droit de recourir à la demande de divorce

Décision : Refus basé sur le fait que l'épouse ayant pour droit de bénéficier d'un logement autonome en vertu de la chariaa ceci ne lui donne pas le droit de demander le divorce sur cette base

Décision : Refus

**Dossier n°45311 / 09 -03-1987/ Affaire (H,n) contre (B,m)**

**Article : Les principes de la charia islamique**

Sujet : La différenciation entre l'abandon et le refus de retour de l'épouse ayant pour cause le non-respect des demandes de cette dernière

Principe : L'abandon de l'épouse ne peut être établie s'il a pour cause le non-respect de ses demandes légitime la privant de ce fait, de ses droits

Décision : La décision de la Cour de déclarer la situation d'abandon de l'épouse n'est basée sur aucun fondement, constitue un refus de retour ayant pour cause le refus de l'époux de lui procurer un logement autonome de celui de sa première épouse

Décision : Accepter.

**Dossier n° 47915 / 07-02-1987/ Affaire (M,m) contre (L,d)**

**Article : Les principes de la Charia islamique**

Sujet : Les ayants droit à la pension alimentaire

Principe : La pension doit être versée par le père à ses enfants qui sont le fruit d'un mariage valide et d'une filiation établie

Décision : La Cour a enfreint les principes de la charia en attribuant la pension alimentaire à un enfant (une fille) dont la filiation n'a pas été établie car résultant d'un mariage non établi.

Décision : Accepter.

**Dossier n°50271 / 21-11-1988/ Affaire (H ,k) contre (N,k)**

**Article : 220 du Code de procédure civile**

Sujet : La péremption de l'instance

Principe : Lorsque la discontinuation de l'instance ou l'inexécution d'une décision avant dire droit est le fait du demandeur, le défendeur pourra demander la péremption de l'instance ou de la décision avant dire droit

Décision : La destitution du droit de garde accordé à la mère ne peut se faire que sur une base légale. Or la Cour a fauté dans sa décision car elle n'a pas appliqué l'article 220 du Code de procédure civile comme il le fallait, car le père n'a pas la compétence de demander cette destitution au départ

Décision : Accepter.

**Dossier n°51728 /21-11-1988/ Affaire (L,a) et (A,b)contre (B,s)**

**Article : Les principes de la Charia islamique**

Sujet : Les conditions du Khola

Principe : Le Khola ne peut être accordé que lorsque que l'époux est d'accord

Décision : La Cour a fauté en accordant le khola à l'épouse sans l'accord au préalable de son époux ? Car cela est contraire à la charia

Décision : Accepter

**Dossier n°51751 / 21-11-1988/ Affaire (B,f) contre (A,s)**

**Article : 463 du Code de procédure civile**

Sujet : Les délais des demandes d'appel

Principe : Tous les délais prévus sont des délais francs

Décision : La Cour d'appel en refusant l'appel présent a fauté dans l'application de l'article 463 de procédure civile car les délais ont été respectés

Décision : Accepter.

**Dossier n°51887 / 13-02-1989/ Affaire ( groupe B,m) contre (groupe B,h)**

**Article : Article 23 du Code de procédure civile**

Sujet : La remise de la citation

Principe : En cas de non remise de la citation, la décision qui est basée sur la présence d'une partie n'est pas valide

Décision : La Cour a enfreint l'article 23, 98 et 102 du Code de procédure civile, en ce qui concerne la remise de la citation à comparaitre, qui n'a pas été effectuée dans le cas présent

Décision : Accepter.

**Dossier n°53272 /27-03-1989/ Affaire (L,a) contre (B,a)**

**Article : Les principes de la charia islamique**

Sujet : les conditions de la validation de mariage

Principe : La validation du mariage se fait par témoins attestant qu'ils ont soit assisté au mariage religieux la Fatiha ou qu'ils ont rencontré des personnes qui attestent avoir été présentes

Décision : Le refus de validation de mariage de la Cour d'appel est basé sur l'incapacité du demandeur à se procurer des témoins, la Cour par cette décision est en accord avec les principes de la Charia

Décision : Refus.

**Dossier n°53340 /27-03-1989/ Affaire (S,f) contre (Z,f)**

**Article : Les principes de la charia islamique /Article 66 du Code de la famille**

Sujet : le droit de garde

Principe : le droit de garde cesse si la titulaire de ce dernier renonce

Décision : La Cour d'appel a fauté lorsqu'elle de nouveau accordé le droit de garde a la mère qui avait au préalable renoncé à ce droit. Cette décision est en désaccord avec le fiqh et loi

Décision : Accepter

**Dossier n°44804 / 23-02-1987/ Affaire (groupeH,f) contre (groupeF,l)**

**Article : 807 du Code civil**

Sujet : Le droit de préemption

Principe : Le droit de préemption ne peut être exercé que s'il s'est «écoulé un an à partir du jour de la transcription de l'acte de vente, dans les cas prévus par la loi

Décision : La Cour d'appel a appliqué le Code civil dans cette affaire en rejetant l'appel car le droit de préemption peut s'exercer dans le délai d'une année. Passé ce délai, il n'est plus autorisé comme c'est le cas dans la présente affaire

Décision : Refus

**Dossier n°44858 /07-12-1987 Affaire (T,m) contre (L,m)**

**Article :73 du Code de la famille et 341, 42 du Code civil**

Sujet : Divorce à l'initiative de la femme, Propriété des biens meubles du domicile conjugal..

Principe : 1- La demande de divorce à l'initiative de la femme ne peut être accordée que dans certains cas établi par la Charia.

2- les biens meubles des époux sont la propriété des époux, et à l'épouse de prouver le contraire.

Décision : 1- La Cour d'appel n'a pas appliqué les principes de la chariaa, car elle a accordé le divorce à l'épouse sans qu'elle n'ait accepté les conditions (garde des enfants au père, khol'à) établies pour celà par son époux

2- La Cour d'appel n'a pas appliqué les principes de la chariaa, en octroyant les biens meubles à l'épouse sans donner à l'époux son droit à l'aveu et à la reconnaissance

Décision : Accepter.

**Dossier n°46589 /07-12-1987 Affaire () contre ()**

**Article : Article de 174 à 728 du Code civil**

Sujet : La vente d'un bien commun aux enchères publiques alors que les propriétaires on était désireux de le partager représente une faute

Principe : Il est clairement établi que la Cour d'appel a fait une faute lorsqu'elle a entériné le jugement produit par le tribunal qui a également commis une erreur en décidant de mettre en vente aux enchères publiques un bien commun reçu par héritage et pour lequel les héritiers sont arrivés à un accord de partage entre les frères et d'indemnisation de ces derniers

Décision : Accepter.

**Dossier n°47370 /07-12-1987 Affaire (groupe B) contre (groupeA,b,b)**

**Article : 233 et 234 du Code de procédure civile**

Sujet : Tout juge qui a déjà statué ou apporté de quelque manière que ce soit sa contribution lors d'un jugement au sein d'un tribunal de première instance, ne peut en aucun cas statuer sur la même affaire au sein de la Cour d'appel.

Principe : Le fait que le juge de la Cour d'appel ait déjà participé au jugement de cette affaire en première instance se trouve être une entrave au bon fonctionnement de la justice et une faute de procédure.

Décision : Accepter.

**Dossier n°45658 /07-12-1987 Affaire (KH,b) contre (M,z)**

**Article : 59 et 327 du Code civil**

Sujet : le contrat se forme dès que les parties ont échangé leurs volontés concordantes sans désaveux d'une des parties

Principe : La Cour d'appel n'a pas fait d'erreur lorsqu'elle a partagé le domicile conjugal entre les deux époux puisque le contrat est établi par la concordance des deux parties et sans désaveu

Décision : Refus.

**Dossier n°50075 /18-07-1988 Affaire (S,a) contre (S,a)**

**Article : Les principes de la charia**

Sujet : les effets mobiliers du domicile commun sans qu'aucun des conjoints ne fournisse de preuve, la déclaration de l'épouse fera foi sur son serment

Principe : La Cour d'appel a fauté lorsqu'elle a fait prêter serment à l'époux comme preuve que son épouse a pris tous ses effets mobiliers alors qu'il fallait faire prêter serment à l'épouse puisque c'est elle qui est accusée d'avoir tout pris

Décision : Accepter

**Dossier n°51614 /21-11-1988 Affaire (B,m) contre (B,n)**

**Article : Les principes de la charia**

Sujet : les compensations sont accordées à la femme suite à la demande de divorce du mari si elle se trouve être abusive

Principe : La Cour d'appel a fauté puisque elle a accordé à l'épouse des compensations alors qu'elle se trouve être à l'origine de la demande de divorce

Décision : Accepter.

**Dossier n°51894 /19-12-1988 Affaire (A,r) contre (S,h)**

**Article : Les principes de la charia et Art 66 du Code de la famille**

Sujet : Le droit de garde, il est permis à la mère de renoncer à son droit de garde que s'il existe une personne ayant le droit de bénéficier de la garde et qui accepte de prendre en charge les enfants

Principe : La Cour d'appel a fauté lorsqu'elle a accordé à la femme de se rétracter de son droit de garde en le confiant au père, qui le refuse et qui est remarié

Décision : Accepter.

**Dossier n°52207 /02-01-1989 Affaire (F,m) contre (S,a)**

**Article : 24 du Code civil**

Sujet : Le droit de garde revient au parent qui réside en Algérie

Principe : si l'un des parents réside dans un pays non musulman, le droit de garde revient à l'autre parent et c'est ce qu'a mis en application la Cour d'appel lorsqu'elle a accordé le droit de garde au père au motif que la mère réside dans un pays non musulman et que cela pourrait porter préjudice du point de vue religieux

Décision : refus.

**Dossier n° 52635/30-01-1989 Affaire (B,m) contre (B,m)**

**Article : 233 du Code de procédure civil**

Sujet : Le séquestre conventionnel

Principe : Le séquestre conventionnel est une procédure qui vise à protéger les biens en danger, élément qui n'est pas établi dans cette affaire , de ce fait la cour a fauté en mettant cet

immeuble sous séquestre alors qu'aucun danger ne menaçait ce dernier , empêchant ses habitants d'accéder à leur logement.

Décision : Accepter.

**Dossier n°54198 /05-06-1989 Affaire () contre ()**

**Article : Les principes de la charia**

Sujet : Litige concernant la dot

Principe : En cas de litige concernant le montant de la dot sans qu'aucun ne dispose de preuve si cela ce produit avant la consommation du mariage, la déclaration de l'épouse fera foi, sur son serment si celà ce fait après la consommation du mariage la déclaration de l'époux fera foi sur son serment. La Cour d'appel en ne respectant pas ce principe a fauté

Décision : Accepter.

## Revue de la Cour suprême année 2012

### **1-Dossier n°581896 / 09-12-2010/ (B,f) contre (B,y)**

#### **Article : 184 et 191 du Code de la famille**

Sujet : Le testament

Principe : Le testament est valide même s'il n'est pas publié

Décision : La Cour d'appel a fauté en estimant qu'un testament est valide que si il est publié

Décision : Accepter.

### **2-Dossier n°599850 / 10-02-2011/ (A,h) contre (T,r)**

#### **Article : 65 du Code de la famille**

Sujet : Le droit de garde

Principe : La garde de l'enfant de sexe masculin cesse à dix ans révolus et le juge prolonge cette période à seize ans

Décision : Le droit de garde ne s'arrête que par un jugement, si la mère titulaire de se dernier décide d'y renoncer quand son fils atteint l'âge de dix ans Le père est donc tenu de payer le loyer du logement prévu pour l'exercice du droit de garde

Décision : Refus.

### **3-Dossier n° 613469/10-03-2011/ (M,y) contre (A,z)**

#### **Article : 64 du Code de la famille**

Sujet : Droit de garde

Principe : Le droit de garde est accordé par le juge et ceci au mieux de l'intérêt de l'enfant

Décision : Le droit de garde est attribué au père, après la mère puis à la grand-mère maternelle mais l'intérêt de l'enfant prime, la garde est donc accordé à la grand-mère car sa petite-fille vit chez elle depuis le décès de la mère et qu'elle y est bien traitée et stable

Décision : Refus.

**4-Dossier n°613481 / 10-03-2011/ (B,n) contr (N,h)**

**Article : 116 du Code de la famille**

Sujet : Le recueil légal, le droit de garde, la pension alimentaire

Principe : Les effets du divorce (la pension alimentaire, droit au logement) ne sont pas applicables au recueil légal

Décision : Le recueil légal est un engagement de prendre bénévolement en charge un enfant mineur, en cas de divorce. C'est le parent qui détient ce droit qui doit tout assumer

Décision : Refus.

**5-Dossier n°617374 /12-05-2011/ (B,f) contre(B,a)**

**Article : 40 du Code de la famille**

Sujet : Filiation, viol

Principe : La filiation est établie par la reconnaissance de paternité, la preuve, le mariage apparent ou vicié

Décision : La Cour d'appel n'a pas pris en compte le fait que le père ait déclaré à un agent de l'état qu'il était le père de l'enfant et que même si l'enfant est né un mois et demi après le mariage, l'enfant lui est affilié en vertu de l'article 40

Décision : Accepter.

**6-Dossier n°620084/14-04-2011/ (F,m) contre (CH,s)**

**Article : 49 et 56 du Code de la famille**

Sujet : Divorce, tentatives de réconciliation

Principe : Le juge n'est pas tenu de désigner deux arbitres dans le cas où le litige persiste entre les époux et que le préjudice est établi

Décision : Compte tenu du fait que le litige persiste entre les époux et que le préjudice est établi Le juge n'est pas tenu de désigner deux arbitres

Décision : Refus.

**7-Dossier n°622754 / 12-05-2011/ (M,a) contre (K,n)**

**Article : 72 et 78 du Code de la famille**

Sujet : Le logement pour exercice du droit de garde

Principe : Le père n'est pas tenu de procurer le logement ou le loyer pour l'exercice du droit de garde si la titulaire de ce droit réside à l'étranger

Décision : La Cour n'a pas pris en compte le fait que si la titulaire du droit au logement réside à l'étranger, Le père n'est pas tenu de procurer le logement ou le loyer

Décision : Accepter.

**8-Dossier n°647108 / 15-09-2011/ (M,m contre(R,b)**

**Article : 53 et 54 du Code de la famille et l'article 25 du Code de procédure civile**

Sujet : Divorce à l'initiative de la femme, khola

Principe : Le dépôt de la demande de divorce à l'initiative de la femme ou de khola doit se faire indépendamment de toute autre procédure

Décision : La Cour a fauté dans son application de la loi dans le fait que la demande de divorce à l'initiative de la femme ou de khol'a doit se faire indépendamment de toute autre procédure

Décision : Accepter.

**9-Dossier n°650014 / 13-10-2011/(CH,f) contre( B,n)**

**Article : 64 du Code de la famille**

Sujet : Le droit de garde, intérêt de l'enfant, aide sociale

Principe : Le juge n'est pas tenu d'avoir recours à l'aide sociale pour évaluer l'intérêt de l'enfant

Décision : La Cour a pu déterminer l'intérêt de l'enfant sans avoir eu recours à l'aide sociale car cette dernière n'est pas obligatoire

Décision : Refus.

**10-Dossier n°656259 / 15-09-2011/ (B,a) contre (T,y)**

**Article : 48 et 54 du Code de la famille**

Sujet : Khola

Principe : Le khola est un droit pour la femme

Décision : Le droit au khola est indépendant de la volonté de l'époux article 54 du Code de la famille

Décision : Refus.

**11-Dossier n°676898 / 08-12-2011/ (S,k) contre (D,s)**

**Article : 427 a 435 du Code de procédure civile et administrative**

Sujet : Divorce, divorce par consentement mutuel

Principe : Le divorce par consentement mutuel à des procédures particulières que le juge doit respecter

Décision : La Cour n'a pas respecté les procédures relatives au divorce par consentement mutuel comme le stipule l'article 427 à 435 du Code de procédure civile et administrative

Décision : Accepter.

## Résumé :

Le code de la famille algérien, est considéré, comme étant du droit et ceci en raison de son mode d'élaboration par les organes législatifs, commun à tous les textes juridiques mais avec la particularité d'avoir une empreinte religieuse comme le rappelle l'article 222<sup>1</sup> du code de la famille c'est cette particularité qui le distingue des autres lois sachant que cela représente la résultante de l'héritage colonial.

Notre travail, s'inscrit dans une démarche qualitative ; avec pour but de démontrer que la dualité normative qui existe dans notre pays est d'une grande complexité et qu'elle se révèle être une des raisons à l'origine du décalage entre la norme et son effectivité, et savoir comment s'opère l'articulation de la double normativité afin d'éviter le conflit et ceci en nous appuyant sur une illustration représentée par le code de la famille.

## ملخص

تتمحور دراستنا في البحث عن كيفية تطبيق النصوص القانونية التي يصدرها المشرع، وذلك بدراسة الأحكام التي يصدرها القضاء على مستوى جميع درجاته (المحكمة الابتدائية، المجلس القضائي، المحكمة العليا)، في حين أن القاضي يعتبر الشخص المكلف بالحكم بين المتنازعين وفقا لما يقره القانون، و يعتبر الحياد و الموضوعية أمران جوهريان في القضاء العادل. يشترط على القاضي ان يتجرد من كل تأثير بما لا علاقة له بالدعوة المعروضة أمامه، وفي نفس الوقت يتاح للقاضي سلطه تقدير ما هو مناسب في موضوع الدعوى، وهذا قد يخلق اختلاف على مستوى الأحكام التي يصدرها القضاء في الموضوع الواحد، وهذا لا يطرح إشكال إذا تلاءم الحكم مع رغبة المشرع. أما إذا حدث العكس فهنا تلعب المحكمة العليا دورا أساسيا كونها محكمه قانون تسهر على التطبيق السليم لهذا الأخير.

---

<sup>1</sup> En l'absence d'une disposition dans la présente loi. Il est fait référence aux dispositions de la charia.