

UNIVERSITE DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
Faculté de Droit, de sciences Politiques, Economiques et de Gestion

Ecole Doctorale
Droit, Economie, Sciences Politiques et de Gestion

Laboratoire ERMES

**LE DIVORCE POUR DISCORDE EN DROIT MAROCAIN SOUS LE
NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE**

Thèse

Pour l'obtention du doctorat en droit

Soutenue par
Rabiâ BOUSSAHMAIN

Directeur de recherches
Mr Jean-François BREGI

Jury

Messieurs les professeurs :

Mr Laurent REVERO, Professeur à la faculté de droit de Toulon

Mr Jean-Yves COPPOLANI, Professeur à la faculté de droit de Corte

Mr Michel BOTTIN, Professeur à la faculté de droit de Nice

Mr Jean-François BREGI, Professeur à la faculté de droit de Nice.

UNIVERSITE DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS
Faculté de Droit, de sciences Politiques, Economiques et de Gestion

Ecole Doctorale
Droit, Economie, Sciences Politiques et de Gestion

Laboratoire ERMES

**LE DIVORCE POUR DISCORDE EN DROIT MAROCAIN SOUS LE
NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE**

Thèse

Pour l'obtention du doctorat en droit

Soutenue par
Rabiâ BOUSSAHMAIN

Directeur de recherches
Mr Jean-François BREGI

Jury

Messieurs les professeurs :

Mr Laurent REVERO, Professeur à la faculté de droit de Toulon

Mr Jean-Yves COPPOLANI, Professeur à la faculté de droit de Corte

Mr Michel BOTTIN, Professeur à la faculté de droit de Nice

Mr Jean-François BREGI, Professeur à la faculté de droit de Nice.

Année Universitaire 2013-2014

Remerciements

Nous tenons à exprimer nos remerciements à notre directeur de thèse, Monsieur Jean-François BREGI, pour sa disponibilité, pour son encadrement continu, pour les remarques constructives qu'il nous a fournies ainsi que pour ses précieux conseils durant toute la période de notre travail.

Nous remercions aussi Messieurs les professeurs membres du jury d'avoir accepté d'y participer.

Liste des principales abréviations

C S P : Ancien code de statut personnel

C A : Arrêt de la cour d'appel

C P C : Code de procédure civile

C P C : Code de procédure pénale

C P : Code pénal

C S : Arrêt de la cour suprême devenue cour de cassation

D O C : Dahir formant code des obligations et contrats

DEA : Diplôme des études approfondies.

DESA : Diplôme des études supérieures approfondies

Dos. : Dossier

N C F : Nouveau code de la famille

n : Numéro

op.cit : référence précédemment citée

T P I : Jugement du tribunal de première instance

T : tome

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE : LA DISCORDE, CAUSE DE DIVORCE

CHAPITRE PREMIER : LA DISCORDE JUSTIFIANT LE DIVORCE

SECTION PREMIÈRE : LA NOTION DE DISCORDE

SECTION SECONDE : LA DISCORDE AU REGARD DES AUTRES VOIES DE DIVORCE

CHAPITRE SECOND : LES CAS DE DISCORDE LÉGALEMENT PRÉSUMÉE

SECTION PREMIÈRE : LA DISCORDE, CONSÉCUTIVE À LA VIOLATION DES OBLIGATIONS CONJUGALES

SECTION SECONDE : LA DISCORDE CONSÉCUTIVE À UN DÉSACCORD ENTRE LES ÉPOUX

SECONDE PARTIE : L'INSTANCE DE DIVORCE POUR DISCORDE

CHAPITRE PREMIER : LA PROCÉDURE DE DIVORCE POUR DISCORDE

SECTION PREMIÈRE : INITIATION DE LA PROCÉDURE DE DIVORCE POUR DISCORDE

SECTION SECONDE : LES FORMALITÉS DE RÉCONCILIATION DANS LA PROCÉDURE DE DIVORCE POUR DISCORDE

CHAPITRE SECOND : LE JUGEMENT DE DIVORCE POUR DISCORDE

SECTION PREMIÈRE : LES EFFETS DU JUGEMENT DE DIVORCE À L'ÉGARD DES ÉPOUX

SECTION SECONDE : LES EFFETS ABSOLUS DU JUGEMENT DE DIVORCE POUR DISCORDE.

Introduction

La dissolution du pacte conjugal par la volonté de l'un des époux relève du droit de statut personnel qui est soumis au Maroc, comme dans la plupart des pays musulmans, à des règles d'origines religieuses, en l'occurrence celles du droit musulman.

La théorie du droit musulman relative au statut personnel en général et au divorce en particulier ne place pas la femme et l'homme sur un pied d'égalité. La femme n'est pas une partie à l'acte de mariage, elle n'en est que l'objet. L'acte de mariage est passé entre le mari et le tuteur de la femme « ou Wali¹ ». En outre, l'acte de mariage peut toujours être révoqué par le mari par l'institution de la répudiation « ou Talaq », alors que l'épouse ne peut rompre le lien conjugal que pour des motifs valables². Ce déséquilibre manifeste dans les rapports familiaux a suscité de nombreux débats au sein de la société marocaine, et ces débats se sont poursuivis au fur et à mesure que cette société a évolué.

La *shari'a* s'est appliquée au Maroc, pour régler les rapports individuels, depuis l'installation de la première dynastie musulmane, celle des Idrissides, jusqu'à l'avènement du protectorat français, qui ne porta aucunement atteinte au statut personnel des Marocains. Plusieurs codes modernes³ ont été promulgués par les autorités françaises pour gouverner la vie des Français et des étrangers dans la zone française⁴. Les institutions administratives et politiques du protectorat et l'évolution sociale qui en découlait ont fait ressentir la nécessité d'une codification du droit musulman⁵. Pour parvenir à ce but une

¹ - C'est le tuteur de la femme qui la représente dans l'acte du mariage.

² - Pour certaines écoles (par ex : les Dahirites) aucune voie de divorce n'est permise à l'épouse qui ne peut départir du mariage qu'en rachetant sa liberté par le moyen de répudiation par compensation.

³ - Il s'agissait de codes des obligations et contrats, de l'organisation judiciaire, de la condition civile des français et des étrangers au Maroc, de la procédure civile, de l'immatriculation foncière, pénal, etc.

⁴ - Des codes similaires furent mis en place dans la zone espagnole pour régir la vie des Espagnols et des étrangers.

⁵ - Dans le préambule du dahir du 19 août 1957 relatif à la création au ministère de la justice d'une commission chargée d'élaborer un code de droit musulman, le souverain Mohamed V

commission⁶ a été nommée au lendemain de l'indépendance, qui avait pour mission d'élaborer un code de droit musulman.

En un laps de temps très bref, six livres⁷, constituant le code du statut personnel et des successions, furent promulgués, ce qui représentait une évolution considérable pour l'époque. Toutefois, ce code consacrait la hiérarchie existante entre l'homme et la femme. Celle-ci, éternellement mineure, restait soumise à l'autorité de son époux, lequel était en contrepartie obligé de pourvoir à son entretien.

En matière de dissolution du pacte conjugal, les auteurs du premier code avaient opté pour des solutions issues du rite malékite. Le code n'avait donc pas touché au droit absolu et discrétionnaire du mari de répudier son épouse, le cas échéant à son insu, sans avoir à justifier d'aucun motif et sans aucune contrepartie. Le code consacrait la notion de femme objet de l'acte de mariage, en ce sens qu'il disposait que « *Seule, peut faire l'objet d'une répudiation, la femme engagée par des liens d'un mariage régulier*⁸ ». L'épouse pouvait, cependant, se libérer du lien de mariage dans le cadre d'une procédure judiciaire contentieuse, pour des motifs déterminés par le code et pour des faits établis dans la demande de divorce. La jurisprudence, en se montrant particulièrement exigeante sur ces questions, ne contribua pas à améliorer le sort de l'épouse.

Cette inégalité discriminatoire entre le statut de l'homme et celui de la femme dans le rapport conjugal quant au divorce donna lieu à une

soulignait : « qu'étant donné que la matière du droit musulman par son volume, sa diversité et sa complexité peut se prêter à de multiples interprétations.... Qu'il est urgent et primordial d'en rassembler les prescriptions dans un code pour en faciliter l'apprentissage et pour en assurer une meilleure application.... Qu'étant donné l'importance que revêt une telle codification pour les justiciables et les résultats les plus bénéfiques qui ne manqueraient pas de rejaillir sur une bonne administration de la justice... ».

6 - Commission désignée par le Sultan Mohamed V le 21 août 1957 et se composa de dix personnalités en majorité des oulémas.

7 - Les livres du Code de Statut Personnel sont au nombre de cinq, à savoir : LIVRE PREMIER : DU MARIAGE, LIVRE DEUXIEME : LA DISSOLUTION DU MARIAGE ET SES EFFETS, LIVRE TROISIEME : DE LA FILIATION ET DE SES EFFETS, LIVRE QUATRIEME : DE LA CAPACITÉ ET DE LA REPRÉSENTATION LÉGALE, LIVRE CINQUIEME : DU TESTAMENT ET LIVRE SIXIEME : LES SUCCESSIONS, LES DEUX PREMIERS LIVRES SONT PUBLIÉS LE 22 NOVEMBRE 1957 ET MIS EN VIGUEUR LE 01 JANVIER 1958 EN VERTU DU DAHIR NUMÉRO 1-57-343, B.O DU 23 MAI 1958.

8 - L'article 45 du C S P de 1957.

crise sociale et fut à l'origine des mouvements réclamant la réforme du code de statut personnel. Mais il fut très difficile de toucher au texte et les tentatives de 1961, 1968 et 1982 échouèrent, rendant le texte quasi sacré.

La ratification par le Maroc de certaines conventions internationales⁹ ayant trait à l'égalité des sexes, aux droits de l'enfant et la protection des droits de l'Homme en général, a favorisé l'apparition des associations féminines¹⁰, militantes pour la réhabilitation de la femme et la promotion de son statut. Dans ce cadre, une campagne nationale¹¹ pour la réforme du C S P fut initiée en 1991. Elle est considérée comme à l'origine du processus de réforme. La pression exercée sur les pouvoirs publics a, en effet, conduit à la désignation d'une commission, instituée par le Roi, en sa qualité de commandeur des croyants, pour préparer ces réformes.

La commission n'était cependant pas totalement libre de décider à sa guise. Composées d'oulémas issus des milieux religieux¹², un discours du roi traçait les limites de son action¹³. Elle ne devait notamment pas adopter de solution qui transgresse les préceptes du droit musulman, ou qui soient l'objet de controverses entre les jurisconsultes. Les modifications que proposa la commission furent aussitôt intégrées au code de statut personnel, après avoir été ratifiées par le roi et publiées au bulletin officiel¹⁴, sans passer par la procédure législative normalement

9- La convention de lutte contre toutes formes de discrimination contre la femme de 1979, la convention sur les droits de l'enfant de 1989.....etc.

10- L'association démocratique des femmes du Maroc fondée en juin 1985, L'union de l'action féminine fondée en mars 1987.....etc.

11 - La campagne nationale pour la réforme du C S P lancée le 08 mars 1991 par l'union de l'action féminine sous forme d'une pétition d'un million de signatures.

12- Commission royale consultative pour la réforme du C S P, instaurée le 15 octobre 1992 et composée de : deux conseillers royaux, ministre de la justice, ministre des habous, membre de l'académie du royaume, quatre membres des conseils régionaux des oulémas, secrétaire général du conseil consultatif des droits de l'homme, quatre professeurs du droit musulman, recteur de l'université Alquaraouine, deux hauts magistrats, trois professeurs des facultés de Droit et une seule femme chargée de mission au cabinet royal.

13- Discours royal du 20 août 1992.

¹⁴- La loi n 1-93-341, B O n 4421 du 10/09/1993.

prévue par la constitution, le roi considérant que le domaine du statut personnel relevait exclusivement du commandeur des croyants¹⁵. Ces modifications ne furent toutefois que de pure forme.

La répudiation sans motif par une simple déclaration unilatérale du mari restait le principe, sauf que l'adoul¹⁶ avant d'enregistrer la déclaration de répudiation devait s'assurer que la notification en avait été faite à l'épouse. L'adoul devait également s'assurer que le mari avait déposé une somme suffisante pour garantir le paiement du don de consolation, qui doit être évalué différemment selon que la répudiation est justifiée ou non. En outre, la femme répudiée pouvait contester l'évaluation du don de consolation devant le tribunal selon le droit commun.

La réforme fut, en pratique inefficace, rendant d'autant plus insupportable la discrimination dont les femmes étaient victimes, que celles-ci étaient de plus en plus largement scolarisées et que le modèle européen commençait à se répandre au sein de la société marocaine, particulièrement au sein des élites politiques. Les événements qui ont marqué la vie politique des années quatre vingt dix¹⁷, et l'avènement du gouvernement d'alternance contenant pour la première fois un département ministériel chargé de la femme et de l'enfance confié à un homme de gauche¹⁸, donnèrent un sens positif à la pression sociale réclamant la promotion du statut de la femme au Maroc.

Ce nouveau département ministériel a élaboré et soumis au débat public un projet de plan d'action national pour l'intégration de la femme

¹⁵ - Discours royal du 20 aout 1992.

¹⁶ - L'adoul est une institution juridico-religieuse qui consiste en un notaire qui reçoit toute sorte d'actes et contrats y compris les actes de mariage et de répudiation.

¹⁷ - La décennie des années quatre vingt dix au Maroc s'est caractérisée par une ère d'ouverture politique notamment la libération des détenus politiques, l'adoption de la constitution de 1996 faisant l'objet de l'unanimité des partis politique mais surtout l'arrivée au gouvernement des partis de gauche pour la première fois au Maroc, c'est ce qu'on appela le gouvernement de l'alternance.

¹⁸- Il s'agissait de Mohamed Said SAADI, membre du Parti du Progrès et du Socialisme, Secrétaire d'Etat à la famille et à l'enfance au premier gouvernement de l'alternance entre 1998 et 2002.

dans les processus de développement. Ce projet partait d'un constat : l'échec des politiques publiques pour la promotion du statut de la femme depuis l'indépendance jusqu'à l'arrivée au pouvoir du gouvernement d'alternance. Il définissait un cadre méthodologique pour une nouvelle approche de la condition de la femme. Il prévoyait des mesures qui tendaient à relever la femme de l'infériorité dont elle souffrait et qui la réduisait, selon le projet, à l'état de ventre ou de mère-épouse.

En plus des mesures sociales et économiques qu'il préconisait, le projet gouvernemental proposait des réformes d'ordre juridique ayant trait à l'égalité des sexes. Ainsi concernant la répudiation il énonçait¹⁹ : *«L'action du législateur doit notamment porter sur cette institution, qui, par delà l'ordre familial, mine l'ordre social tout entier. La précarité de la situation de la femme face à la facilité de rompre de manière unilatérale le lien matrimonial et les conséquences néfastes qui en découlent, quant à la sauvegarde de l'équilibre familial, ont fait que la question de la répudiation focalise l'intérêt de tous ceux qui s'intéressent à la condition juridique de la femme. En instaurant le divorce judiciaire comme seul moyen de mettre fin aux liens de mariage, le législateur marocain contribuera au renforcement de l'institution familiale puisqu'il mettra fin aux abus et à la précarité de la situation de la femme et des enfants. La demande en divorce peut être introduite par l'époux ou l'épouse, ou de commun accord, lorsque la vie familiale ne répond plus aux fondements sacrés de l'union. La demande est toutefois précédée d'une réconciliation qui, lorsqu'elle n'aboutit pas, oblige le juge à prononcer le divorce par décision motivée et fixer de manière précise les effets de la dissolution : garde des enfants, pension alimentaire, biens immobiliers et mobiliers acquis pendant le mariage, bénéfice du domicile conjugal. La décision judiciaire bénéficie de toutes les voies de recours : opposition, appel, cassation. »*

Le projet se heurta à une résistance ardente de la part des forces conservatrices de la société marocaine et donna lieu à deux grandes marches millionnaires reflétant deux visions différentes de l'islam et de

19 - Le texte du projet de plan d'action national pour l'intégration de la femme au développement.

la place de la femme dans la société marocaine²⁰. Face à cette division de la société sur le projet, une commission interministérielle présidée par le premier ministre se donna pour mission de décider des mesures à prendre. Mais pour des raisons politiques cette commission ne s'est jamais réunie et le gouvernement choisit de mettre en veille le projet.

En avril 2001 une commission royale²¹ fut constituée à l'initiative du chef de l'Etat, chargée de préparer une réforme substantielle du C S P, qui rende justice à la femme marocaine et respecte sa dignité en pleine conformité avec les finalités de la religion musulmane et les exigences des temps modernes notamment, le respect des droits de l'homme universellement reconnus²². La commission royale a rendu son projet au Roi qui le soumet par discours royal²³ au parlement qui finit par l'adopter sans y apporter de grands changements.

Le nouveau code²⁴ s'est efforcé d'adopter des formules modernes et de couper court aux concepts qui portaient atteintes à la dignité de la femme. Il tente de respecter une certaine égalité des sexes concernant l'âge de mariage, désormais fixé également à dix-huit ans pour l'homme et pour la femme. Il fait de la tutelle un droit de la femme majeure et non plus une condition affectant la validité de mariage, et entoure la polygamie de plusieurs restrictions la rendant difficile à se réaliser.

20 - Deux grandes marches furent organisées le 12 mars 2000, l'une à Rabat pour le soutien du projet de plan d'action national pour l'intégration de la femme au développement et l'autre à Casablanca contre ledit projet.

21 - La commission royale consultative nommée le 27 avril 2001 composée de dix sept personnes dont trois femmes et contenant des oulémas, des enseignants, des magistrats et un professeur en médecine.

22 - NAJI Rajaa El Mekkaoui, La Moudawanah : Le référentiel et le conventionnel en harmonie, éditions et impressions Bouregreg, 3ème édition, 2009, Rabat.

23 - « Bien que le code de 1957 ait été établie avant l'institution du parlement et amendé, par Dahir, en 1993 au cours d'une période constitutionnelle transitoire, nous avons jugé nécessaire et judicieux que le parlement soit saisi, pour la première fois, du projet de code de la famille, eu égard aux obligations civiles qu'il comporte, étant entendu que ses dispositions à caractère religieux relèvent du ressort exclusif d'Amir Almouminine.... » Extrait du discours royal annonçant la fin des travaux préparatoires du nouveau code de la famille.

²⁴ - La loi n 70-03, B O n 5184 du 05/02/2004.

Cependant plusieurs de ses dispositions continuent toujours de faire preuve de l'inégalité des sexes en ce sens que la tutelle juridique sur les enfants reste le fait du père et non pas de la mère, que la femme mariée ne peut pas conserver la garde de ses enfants âgés de plus de sept ans. Tel est aussi le cas du rachat de sa liberté par l'épouse qui veut se départir du lien de mariage, ou de la mère qui assure la garde de ses enfants en contrepartie d'un salaire versé par le père, ou de l'homme qui se charge seul financièrement de la famille.

Le nouveau code de la famille marque des innovations sur le plan du divorce. Il maintient les motifs classiques de divorce déjà contenus dans le code de statut personnel, modifie sur le plan de la forme la répudiation, prévoit de nouveaux modes de divorce : répudiation pour consentement mutuel et divorce à la demande de l'un des époux pour cause de discorde.

Sur le plan de la forme, le nouveau code use de formules modernes dans la rédaction des textes, généralise la compétence juridictionnelle de la section de la justice de la famille pour se prononcer sur les demandes de divorce et d'autorisation de répudiation, et rend obligatoire la tentative de réconciliation des époux en instance de divorce ou de répudiation. Au fond la nouvelle réglementation du divorce élargit la notion des motifs pouvant justifier le divorce pour préjudice ou pour vice rédhibitoire et considère l'inobservation d'une clause du contrat de mariage ou d'une obligation conjugale comme cause de divorce et prévoit la responsabilité de l'un des époux du fait de divorce.

Pour accuser réception de l'une des principales réclamations ayant motivé la réforme substantielle du code de statut personnel à savoir l'égalité des époux dans les procédures de dissolution du lien conjugal, les auteurs du nouveau texte ont usé d'une démarche particulière. Ainsi ils ont conservé le droit absolu du mari de répudier son épouse par une déclaration de volonté unilatérale, tout en instaurant un droit plus ou moins équivalent au profit de l'épouse : c'est le divorce pour discorde.

En effet la répudiation est réorganisée par les nouvelles dispositions, qui la soumettent à une autorisation du tribunal dans une procédure ou le mari n'a à justifier sa demande par aucun motif ni établir aucun fait. Dans ce contexte s'inscrit la nouvelle voie de divorce pour discorde pensée par les auteurs du nouveau code comme solution au déséquilibre frappant la fin de la relation conjugale.

L'intérêt de notre sujet portant sur le divorce pour discorde consiste en ce qu'il s'agit d'une nouvelle institution d'origine purement religieuse faisant son apparition en droit marocain pour la première fois, et qui est appelée à assurer l'égalité des époux devant les procédures de divorce ce qui rend utile l'examen des analyses qui y sont afférentes par les auteurs du droit musulman et l'impact qu'elle aura sur les autres voies de divorce prévues par le même code. Néanmoins, le consensus entre le courant conservateur et celui favorable à la promotion des droits des femmes a laissé régner l'ambiguïté dans les formulations de la nouvelle voie et sa rédaction la confondant à une simple procédure de réconciliation des époux.

Pour répondre aux différentes questions posées par le sujet de divorce pour discorde, il nous paraît judicieux d'aborder le contenu religieux et doctrinal de la discorde, les analyses qu'en ont faites les jurisconsultes du droit musulman, l'usage qu'en fait le droit positif contemporain des pays musulmans qui l'ont adoptée et les effets de cette nouvelle institution.

Nous nous proposons donc d'examiner notre sujet en deux parties :

- ✓ Première partie : La discorde, cause de divorce.
- ✓ Seconde partie : L'instance de divorce pour discorde.

PREMIÈRE PARTIE : LA DISCORDE, CAUSE DE DIVORCE

Les causes de divorce en droit musulman, ont toujours été à l'origine des controverses et querelles doctrinales. D'une part il existe des positions qui nient toute possibilité de dissolution de mariage, ni pour l'épouse, ni par le juge, et la seule voie reconnue est la répudiation par déclaration «ou Talaq » qui ne peut être exercée que par le mari et le mari seul.

D'autre part il existe des rites qui reconnaissent au juge le droit de dissolution du mariage, mais seulement dans des cas limitativement déterminés²⁵.

Mais aussi d'autres positions qui, au-delà des voies classiques de divorce, se fondent sur le verset coranique 35 de la sourate de Femmes, pour reconnaître aux arbitres désignés en cas de litige entre les époux, le droit de se prononcer sur le sort du pacte conjugal.

La diversité des positions doctrinales quant à l'interprétation dudit verset coranique s'est répercutée sur la conception du chikak et par voies de conséquence sur les formes d'adoption et de réglementation de la discorde par les droits positifs des pays musulmans.

Partant de ce verset coranique, le législateur du nouveau code de la famille, érige la discorde :chikak en voie de dissolution de mariage à part entière, mais aussi pouvant accueillir toutes sortes de litige ou dissension intervenant entre les époux et affectant le fonctionnement normal de la relation conjugale.

En effet la réglementation législative du divorce pour discorde a pris deux formes, d'une part il l'annonce comme procédure de voie de réconciliation des époux en cas de différend qui risque d'aboutir à la discorde et dont le divorce est inévitablement prononcé en cas de non réconciliation, d'autre part le renvoi par le législateur à la procédure de discorde à chaque fois que l'épouse se trouve être contrainte de subir la relation conjugale.

25-A savoir le divorce pour préjudice, pour défaut d'entretien, pour vice rédhibitoire, pour absence du mari et pour serment de continence.

Ainsi nous proposons d'ériger les formes de réglementation législative du divorce pour discorde en deux chapitres de cette première partie, comme suit :

- ✓ Chapitre premier : La notion de discorde justifiant le divorce.
- ✓ Chapitre second : Les cas de discorde légalement présumée.

CHAPITRE PREMIER : LA DISCORDE JUSTIFIANT LE DIVORCE

La notion de discorde en droit musulman est loin de faire l'unanimité, en ce sens que partant du même verset coranique qui en constitue le fondement, les résultats sont divergents.

Cette divergence de positions, a influencé les conceptions retenues de la discorde par la doctrine contemporaine mais aussi par les droits positifs des Etats.

Le nouveau code de la famille prévoit dans des termes généraux la procédure de discorde et permet à l'épouse comme au mari de demander au tribunal de régler un différend qui risque d'aboutir à la discorde.

Ainsi le divorce pour discorde doit être prononcé si la réconciliation n'aboutit pas et la discorde persiste, sans aucune autre condition, ce qui pose la question du rapport de cette nouvelle procédure avec les voies traditionnelles de divorce qui sont toujours maintenues dans le nouveau code.

Ainsi l'examen de ce chapitre sera divisé en deux sections comme suit :

- ✓Section première : La notion de discorde.
- ✓Section seconde : La discorde au regard des autres voies de divorce.

SECTION PREMIÈRE : LA NOTION DE DISCORDE

Le « chikak » ou la discorde trouve ses origines dans la loi suprême des musulmans, ce qui l'entoure d'une sacralité influençant son existence, son contenu et ses applications.

Ainsi le verset coranique²⁶ fondement de la théorie de chikak énonce que : « Si vous craignez le désaccord entre les deux époux, envoyez alors un arbitre de sa famille à lui et un arbitre de sa famille à elle, si les deux veulent la réconciliation, Dieu rétablira l'entente entre eux, Dieu est certes, omniscient et parfaitement connaisseur »

L'interprétation de ses dispositions furent l'objet des controverses et querelles doctrinales quant à son contenu, ses application et ses objectifs.

La question de la nature de la discorde en droit musulman, a été des questions les plus controversées du droit musulman, et donnait lieu à des analyses extrêmes.

En effet les extrémités de ces auteurs se sont répercutées sur les conceptions de la discorde retenue par les législations nationales des pays musulmans.

Ainsi nous étudions les différentes conceptions objet des analyses doctrinales des auteurs et jurisconsultes de droit musulman, dans un premier paragraphe de cette section, et l'objet du second paragraphe sera la conséquence logique du premier, et nous y examinons la conception de discorde par les législations contemporaines.

Paragraphe premier : Fondements et conceptions doctrinaux de la discorde

La théorie de la discorde en droit musulman se fonde sur la loi suprême des musulmans, en l'occurrence le Coran.

²⁶ - Verset 35 de la sourate des Femmes.

Toutefois les jurisconsultes de droit musulman, à l'occasion de l'interprétation de ce verset se sont divisés en plusieurs opinions et conceptions de discorde.

Ainsi peut – on en dégager deux grandes prises de position, un courant qui considère le Chikak comme une pure démarche de réconciliation, loin de toute procédure de dissolution du pacte de mariage, tandis que d'autres auteurs font de la théorie de la discorde, une vraie procédure de divorce.

Ceci nous mène à diviser l'examen de ce paragraphe en trois points, dans un premier nous rapporterons les jurisconsultes qui défendent la conception de démarche de réconciliation, et leurs arguments, et dans un deuxième nous étudierons la théorie de discorde, procédure de divorce, avant de consacrer un troisième point à l'évaluation critique.

A. La discorde, procédure de réconciliation

Pour les adeptes de cette position doctrinale, le verset coranique fondement de la théorie de la discorde n'a pas apporté une nouvelle voie de dissolution de l'acte de mariage, mais il instaure une procédure purement conciliatrice des époux, ayant pour seul objectif et mission de résoudre le litige, de dissiper la discorde entre eux et les réunir à nouveau.

Pour arriver à cette conséquence, deux théories sont en concurrence, certains considèrent les arbitres prévus par le texte coranique comme de simples mandataires ne pouvant pas agir en dehors de la volonté de leurs mandants que sont les époux, d'autres auteurs même reconnaissent aux personnes ainsi désignées la qualité d'arbitres, mais ils leur nient toute mission, hors de déployer les efforts pour la réconciliation.

Ainsi nous proposons de traiter dans un premier point la théorie des arbitres réconciliateurs, et dans un second, celle des arbitres simples mandataires.

I.Arbitres réconciliateurs

Les auteurs²⁷ du droit musulman défenseurs de la théorie selon laquelle, les arbitres prescrits par le livre Saint, sont des arbitres dont la mission de réconciliation est prévue par le même verset, et surtout il leur est interdit de se prononcer sur la séparation des époux.

Ces auteurs se sont basés sur trois sortes d'arguments pour en arriver à ce résultat. D'une part des arguments tirés de la lettre du verset qui en est la base, d'autre part sur le fait que la discorde n'est pas une voie de dissolution de l'acte de mariage, et en dernier lieu sur des arguments d'ordre rationnel.

Pour ces auteurs les destinataires du texte coranique prescrivant la désignation des arbitres, sont les conjoints directement, et non pas le sultan « Gouverneur », ni le juge et encore moins la communauté musulmane. Ainsi si les symptômes de la discorde font leur apparition, les conjoints, chacun de sa part, désignent un arbitre de sa famille, et les deux arbitres déploient les efforts pour, d'une part appréhender le litige entre les époux et d'autre part l'éliminer en vue de leur réunion et leur réconciliation, mais toujours sous leurs directives, et n'appartient à personne quelconque d'intervenir dans leur mission de réconciliation.

De même ils interdisent à ces arbitres toute attribution de séparation ou de divorce des conjoints, car il n'est à aucun moment question dans le verset coranique de la désunion ou de la rupture du lien conjugal. Ainsi ces jurisconsultes tracent aux arbitres leur attribution d'une façon claire et nette et en tout cas conformément à la volonté des époux dont, émanent leurs pouvoirs.

27- Il s'agit principalement:

ABI JAAFAR BEN JARIR ATTABARI Mohamed, TAFSIR TABARI, Charikat Matbaat wa Moustafa Albabi Alhalabi, 1986, Egypte

ABOU ABDELLALAH ARRAZI Mohamed, TAFSIR ARRAZI, dar ihyaa torat alarabi, Bayrut, 2010.

ALJASSAS ARRAZI Abibaker, AHKAM ALQUORAN LILJASSAS, dar alkitab alarabi, Bayrut.

Un avis des Hanafites, Chafiite, et certains auteurs des Malikites, LALBAJI, Al Moutaqua.

IBN HAZM ADDAHIRI ALANDALOUSSI, ALMOUHALLA, dar al afak aljadida, Bayrut, 1988.

Les jurisconsultes qui adoptent cette position, poussent le raisonnement plus loin et disent, non seulement que les arbitres désignés dans le cadre du verset coranique ne peuvent pas se prononcer sur la désunion des époux, mais aussi ni le juge, ni le sultan « gouverneur » ne possèdent un tel pouvoir car en droit musulman la séparation entre les deux époux, est entre les mains du seul mari, à l'exclusion de la femme, ou dans les cas où une annulation de l'acte du mariage est prescrite.

Ibn Hazm en disait « *qu'il n'y a ni dans le Coran, ni dans la Sunnah que les arbitres peuvent se prononcer sur la séparation des époux, et cela n'appartient pas, non plus, au juge*²⁸. »

La même attitude est adoptée par le jurisconsulte très connu en islam Aboubakr ARRAZI²⁹ qui en dit « *Dieu détermine précisément la mission des arbitres en la réconciliation, et toute autre attribution hors la réconciliation ne leur est pas procurée.* »

Le même avis est véhiculé par certains autres auteurs dont principalement : Cheltoute, Katada et Atta³⁰ qui soutenaient que la seule mission des arbitres est de réconcilier les époux, et s'ils n'y arrivent pas, déterminent le quel des époux qui en est responsable ou fautif, et ne peuvent (les arbitres) pas se prononcer sur la désunion des époux ou leur divorce.

A ces arguments qui se rattachent directement au verset coranique, instaurant la procédure de discorde, d'autres jurisconsultes musulmans³¹ ajoutent des motifs d'ordre rationnel, en ce sens qu'ils soutiennent, que les époux majeurs n'ont besoin d'aucune forme de tutelle, et personne ne peut leur imposer sa tutelle, et cela aboutit à

28-IBN HAZM ADDAHIRI, ALMOUHALLA, op.cit

29- ARRAZI Abibaker, TAFSIR ARRAZI, op.cit

30- Ali MONTASSIR, ATTAHKIM BAYNA AZZAOUJAIN FI HALATI ACHCHIKAK, thèse, Université Mohamed V, Rabat, 2002 -2001.

31- ARRAML, Nihayat Almohtaj Ila Charhi Alminhaj, dar alfikr, Bayrut, 1984.

- Almarfiq Addin IBN QADAMA ALMAQDISSI, ALMOUGHNI FI CHARHI MOKHTASSAR ABI ALQASSIM, Matabia Sijilli Alarabe, 1969, Egypte

- ABI ALWALID IBN ROCHD Mohamed, BIDAYAT AL MOJTAHID WA NIHAYAT AL MOQTASSID, Almaktaba attijaria alkobra, Caire.

exclure des attributions des arbitres tout pouvoir de séparation et ce pour deux raisons :

Premièrement, permettre aux arbitres de statuer sur le litige entre les époux peut déboucher sur une séparation, selon leur appréciation. Ce qui mène à une atteinte aux droits de Dieu, et aux droits et libertés des autres, car selon ces auteurs, la seule séparation qu'il pouvait y avoir entre les époux c'est la répudiation qui relève du seul pouvoir de l'époux, et l'époux seul, ni le juge, ni les arbitres, ni le mandataire ne possèdent ce droit de répudier, Ibn Hazm en dit : « *Il est interdit de divorcer aucun des époux, sauf les cas d'annulation de l'acte de mariage*³². »

La seconde de ces raisons d'ordre rationnel, et que reconnaître aux arbitres de se prononcer sur l'état de discorde entre les époux, aboutirait à leur reconnaître le droit d'obliger l'un des époux, à indemniser l'autre du fait de sa responsabilité de l'état de discorde, or il n'appartient à personne de souscrire des engagements au nom de l'un des époux sans le consentement explicite de ce dernier. Ce qui impliquerait par voie de conséquence que les arbitres ne peuvent pas engager l'un des époux à indemniser l'autre, ni statuer sur le divorce, sans leur consentement, et c'est ce qui est conforme au verset coranique³³ : « *Et donnez aux épouses leur sadaq, de bonne grâce. Si de bon gré, elles vous en renoncent à quelque chose, disposez en alors à votre aise et de bon Cœur.* »

Et dans un autre verset³⁴ « *Et il ne vous est pas permis de reprendre quoi que ce soit de ce que vous leur aviez donné, à moins que tous deux ne craignent de ne point pouvoir se conformer aux ordres imposés par Allah. Si donc vous craignez que tous deux ne puissent se conformer aux ordres d'Allah, alors ils ne commettent aucun péché si la femme se rachète avec quelque bien. Voilà les ordres d'Allah. Ne les transgressez donc pas. Et ceux qui transgressent les ordres d'Allah ceux-là sont les injustes*»

32- IBN HAZM ADDAHIRI ALANDALOUSSI, ALMOUHALLA, op.cit

33- Verset numéro 4 de la Sourate les Femmes.

34- Verset numéro 229 de la Sourate la Vache

Partant de ces arguments d'ordre rationnel, ces auteurs considèrent le consentement des conjoints une condition indispensable pour valider la décision des arbitres, autre que la réconciliation.

En dernier lieu d'autres jurisconsultes, se sont basés sur le fait que la discorde même maintenue, ne peut pas aboutir à une désunion des époux car la discorde n'est pas une cause de divorce, ainsi AL Imam Chafii disait : « *on doit obliger l'époux fautif à revenir sur sa faute, et la vie conjugale continuera en dehors de toute séparation*³⁵. »

Dans le même ordre d'idée, AL JASSAS³⁶ dit « *Il est d'unanimité que l'époux même avouant qu'il préjudicie à sa femme, le juge ne prononce pas le divorce entre eux, et n'oblige pas l'époux à répudier sa femme avant de désigner deux arbitres, et de même que l'épouse qui avoue sortir du domicile conjugal n'est pas tenue d'une compensation ...* »

Il en déduit que les arbitres sont réconciliateurs, et ne peuvent décider la séparation sans le consentement de l'époux, ni déposséder l'épouse de sa dot sans son consentement.

II.Arbitres mandataires des époux

Certains jurisconsultes³⁷ de droit musulman, adoptent une théorie selon laquelle, la prescription du verset coranique fondement de la discorde, s'adresse aux époux, et les arbitres qui y sont prévus sont de simples mandataires, ne sont ni arbitres au sens juridique du terme, ni juges, et de ce fait, leur pouvoir de statuer sur l'état de discorde entre les époux, se trouve très limité, et doit se référer au mandat qui leur est procuré par les époux. Alors ces arbitres n'ont aucune attribution de

³⁵- IBN AL ARABI ALMOAFIRI Aboubaker, ALQABS FI CHARHI MOUATAA MALIK, dar algharb alislami, Bayrût, 1992.

- Ahmed HASSAN, Les époux sont –ils libres de se séparer par la justice, dar alhikma, Bayrut, 2002.

³⁶- ALJASSAS, AHKAM ALQUORAN LILJASSAS, op.cit

³⁷- Ahmed ALKHARASANI, AHKAM ALQUORAN LICHAFII, maktabat alkhanji, Caire, 1994.

- Annoaman ALKADI, DAAIM AL ISMAM, dar almaarif, Caire, 1973.

- Mohamed IBN AHMED ALANSSARI ALQUORTOBI, TAFSIR ALQUOURTOBI, Dar achchaab, Egypte

décider la séparation des époux, ni de les obliger à indemniser l'un l'autre. Leur mission se limite à prodiguer des efforts en vue de réconcilier les conjoints, et outre cette mission de réconciliation qui est l'objectif du mandat général donné aux dits arbitres, ils doivent être investis d'une procuration spéciale explicite.

Les défenseurs de cette position sont peu nombreux et représentent des minorités des rites, hanafites, et hanbalite³⁸, mais aussi une grande majorité des chiites. Ainsi que d'autres auteurs comme Tabari et Saoudi³⁹.

De plus, ces jurisconsultes soutiennent, que les arbitres agissent conformément à la volonté des époux et doivent respecter leurs instructions et ne peuvent prononcer la séparation des époux que si le mari mandate son arbitre et lui procure le droit de répudier et de même l'épouse de son côté procure à son arbitre le pouvoir de souscrire des engagements, notamment l'obliger à verser à son conjoint une compensation, si sa responsabilité de la séparation s'avère engagée.

Sans cette procuration spéciale de la part des époux mandants, les arbitres mandataires ne peuvent agir qu'en réconciliation, et toute autre décision hors la réunion des époux serait invalide et non exécutoire.

Ces auteurs se sont basés sur une interprétation restrictive du texte coranique, en ce sens qu'ils soutiennent que le texte coranique s'adresse aux époux et les incite, en cas de discorde, à déclencher le procédé de réconciliation en désignant chacun de sa part un mandataire. Pour conforter cette façon d'analyse ils ont fait appel à un cas d'espèce qui s'était produit à l'époque du quatrième khalif, Ali Ibn Abi TALIB, dans lequel deux époux, ayant une discorde entre eux, le khalif ordonna qu'il soit désigné un arbitre de la famille de l'épouse et un arbitre de la famille

38- ALJASSAS, AHKAM ALQUORAN LILJASSAS, op.cit

- Mohamed IBN AHMED ALANSSARI ALQUORTOBI, TAFSIR ALQUOURTOBI, Dar achchaab, Caire.

- Ismail IBN KATIR, TAFSIR IBN KATIR, éd dar alfikr, Bayrut, 774 hégire.

- IBN JOZAY, ALQAWANIN ALFIQHIA , dar alalam, Bayrut.

39- ABI JAAFAR ATTABARI BENJARIR Mohamed, TAFSIR TABARI, www.islamhouse.com.

- Mohamed IBN AHMED ALANSSARI ALQUORTOBI, TAFSIR ALQUOURTOBI, op.cit

du mari, et a appris aux arbitres ainsi désignés qu'ils sont investis de pouvoir de régler le différend, entre les époux en litige, aussi bien de les réconcilier que de les séparer. L'épouse en dit qu'elle consente, alors que le mari réplique en s'opposant au pouvoir des arbitres de prononcer la désunion⁴⁰, le khalif intervint et imposa à l'époux de reconnaître aux arbitres ce pouvoir.

Partant des faits de ce cas d'espèce, ces auteurs appuient leur position par le fait que si l'arbitre ne fut pas mandataire de l'époux, le khalif n'aurait pas eu besoin du consentement du mandant pour prononcer la désunion.

Pour le reste du raisonnement des auteurs de cette théorie du mandat, est presque identique à celui des arbitres réconciliateurs, puisqu'ils préconisent aux arbitres la même mission de réconciliation.

B. La discorde, procédure de divorce

La théorie de discorde prescrite par le verset coranique, selon les tenants de cette opinion, est une procédure tendant à achever le différend entre les époux en litige, soit par une réconciliation, soit par une transaction⁴¹, ou encore par une décision de séparation pure et simple.

Ainsi, selon ces jurisconsultes, les arbitres sont investis par le texte coranique de grands pouvoirs, en dehors de toute intervention des époux.

Il sera question dans un premier point des auteurs et jurisconsultes de droit musulman qui soutiennent cette position et dans un second point des arguments sur les quels se fondent.

40- ABI ABDELILAH ACHAFII, ALOUM, éd attibaa Alfania Almoutahida, Caire, 1961.

⁴¹- Transaction en arabe se traduit en terme « Solh » et le mot réconciliation en terme « Tassaloh », ce qui les rend tous les deux dérivés d'une même source.

I. Les défenseurs de la théorie de la discorde voie d'achèvement du litige entre les époux

Selon ces auteurs de droit musulman classique, les arbitres dont est question dans le verset coranique fondant la théorie de discorde, ne sont pas des mandataires des époux et n'en dépendent pas, bien au contraire, ils sont des juges et leur décision est exécutoire, sans aucune procuration des époux, ni leur consentement. Par voie de conséquence, leur mission est très étendue et ne se limite pas à la simple réconciliation entre les conjoints, mais englobe tous les moyens de décision efficaces, y compris de prononcer la désunion et la séparation des époux, si elle s'avère recommandée par l'état de discorde dans le couple.

Cette position doctrinale et jurisprudentielle, issue d'une interprétation extensive du terme « ISLAH » en arabe qui est une dérivée de réconciliation et de transaction, est défendue par une grande majorité des jurisconsultes de droit musulman dont les Khalifs Rachidoun et compagnons du prophète, Ali a-t-il dit « *les arbitres auront et la séparation et la réconciliation*⁴². »

Le guide du rite Malkite, Imam Malik a-t-il dit: « *J'apprends que Ali Bnou Abi Talib eut dit aux arbitres que vous avez aussi bien le pouvoir de réconcilier les époux que celui de les désunir, et c'est le meilleur de ce que j'ai entendu des oulémas*⁴³. »

Le même avis a été soutenu par Mohamed Ben KÄAB ALQUARDI⁴⁴ qui avait dit que Ali avait reconnu aux arbitres du verset coranique de discorde, le pouvoir de prononcer le divorce entre les époux.

Ibn ABBAS, en interprétant le dit verset coranique, avait estimé qu'il était relatif à la discorde entre les époux, et que Dieu prescrit la désignation d'un homme intègre de la famille du mari et de même de la famille de l'épouse, ces deux hommes auront le pouvoir de sanctionner

42- ACHAFII, ALOUM, op.cit

43- MALIK IBN ANAS, AL MOUATAA, Maktabat albouchra.

44- Ali MONTASSIR, ATTAHKIM BAYNA AZZAOUJAIN FI HALATI ACHCHIQAQ, op.cit

l'époux qui s'avère fautif, et « *Nul ne conteste leur pouvoir de décider la désunion des conjoints*⁴⁵. »

La même position est soutenue par ALAWZAI, SAID BNOU JABIR, CHAABI, ABI TAWK, TAWOS et MOJAHID⁴⁶ qui sont tous de l'avis que les deux arbitres dudit verset coranique, sont des juges et investis de pouvoirs étendus de réconcilier, transiger et statuer aussi dans le sens de la réunion et la réconciliation des conjoints que leur séparation. Et leur décision quelle qu'elle soit sera exécutoire à l'image du jugement rendu par le juge judiciaire, et non à l'image d'une transaction qu'auraient souscrit les mandataires des époux. Pour ce qui est des rites doctrinaux du droit musulman, les malikites et l'un des avis des hanbalites et chafiite⁴⁷ adoptent cette analyse, et prônent que l'arbitrage prescrit par le verset coranique est un moyen d'achèvement du litige entre les conjoints, soit par une réconciliation des époux, soit par une désunion si ça s'avère imposer.

II. Les arguments en faveur de la discorde cause de divorce

Les défenseurs de cette position selon la quelle la théorie de discorde énoncée par le verset coranique, est une voie d'achèvement du litige entre les époux, partent des termes du texte lui-même, ainsi le Coran use du terme « Hakam » qui veut dire en français arbitre, et non « Wakil » ou « Chahid » qui veulent dire en français respectivement « Mandataire » et « Témoin ». Et que le terme arbitre a un sens bien déterminé qu'on doit respecter, car si le Coran ne voulait pas que ça soit un vrai arbitre investi des pouvoirs du juge, il aurait facilement usé d'un

45 - IBN ARABI, ALQABS FI CHARHI MOUATAA MALIK, op cit.

- ALJASSAS, AHKAM ALQUORAN LILJASSAS, op.cit

46- Mohamed IBN AHMED ALANSSARI ALQUORTOBI, TAFSIR ALQUOURTOBI, op.cit

- Mohamed IBN KAYIM ALJAWZIA, ZAD AL MOUAD FI HADYI KHAYRI AL IBAD, Maktabat al manar al islamia, moassassat arrisala, 1979

- IBN QADAMA ALMAQDISSI, ALMOUGHNI FI CHARHI MOKHTASSAR ABI ALQASSIM, Matabia Sijilli Alarabe, 1969, Caire.

- IBN TAYMIA, MAJMOUA ALFATAWA LIBNI TAYMIA, moujamaa almalik Fahd, 1995.

- IBN ARABI, ALQABS FI CHARHI MOUATAA MALIK, op cit.

47- Ali MONTASSIR, ATTAHKIM BAYNA AZZAOUJAIN FI HALATI ACHCHIKAK, op.cit

terme désignant le sens voulu, d'autant plus que la richesse et l'étendue de la langue arabe, langue du Coran, permettaient une telle aisance.

Pour appuyer leur analyse, ils citent un verset coranique⁴⁸: « *Si la mer était une encre [pour écrire] les paroles de mon Seigneur, certes la mer s'épuiserait avant que ne soient épuisées les paroles de mon Seigneur, quand même Nous lui apporterions son équivalent comme renfort* ».

En continuant dans le même ordre d'idées, ils disent que le livre saint n'a rien négligé, et qu'il y était question tout au long de ces versets des termes renvoyant à des sens claires sans équivoques ce qui ne laisse aucune chance à la confusion entre arbitre = Hakam et mandataire = Wakil et témoin = Chahid ou encore réconciliateur = moslih.

Aboubakr Ibn Arabi Mouafiri⁴⁹, a-t-il dit à propos de ce verset : « *Ceci est un texte qui émane de Dieu et qui les désigne juges et non mandataires, car l'arbitres a un nom et un sens dans la chariâa et le mandataire a un nom et un sens dans la chariâa et du moment que Dieu les a désignés arbitres, il sera interdit à un Alim voire à un simple profane d'user de l'un à la place de l'autre ...* »

Ils sont toujours du même raisonnement qui parte de l'interprétation littérale du texte, ils ont soulevé l'expression « *s'ils veulent se réconcilier ...* » où Dieu fait allusion à la volonté des arbitres et non à celle des époux. Or les mandataires n'ont pas de volonté propre, ils agissent selon la volonté de leurs mandants, ce qui est un argument en faveur de la théorie d'arbitres-juges.

Sur un autre point de vue, et contrairement à ce que soutiennent leurs adversaires, ils soulèvent le fait que le dit verset coranique ne s'adresse pas aux époux, et alors comment désigner des mandataires des époux par quelqu'un d'autre que les époux, ce qui vide, selon eux, la théorie de mandat de toute véracité. Dans le même ordre d'idée, ils ont fait appel à ce qui était d'usage à l'époque des khoulaafa du prophète, ainsi ils rapportent les faits d'un cas d'espèce où le troisième khalif Othmane Ibn Affan avait désigné Ibn Abbas et Mouawia deux arbitres

48- Verset numéro 109 de la Sourate ALKAHF.

49- Aboubaker IBN AL ARABI ALMOAFIRI, ALQABS FI CHARHI MOUATAA MALIK, op cit

entre Oukail Bnou Abi Talib et son épouse Fatima Bint Atba Ibn Rabiâa, et leur a-t-il appris : « *Si vous décidez la désunion, celle-ci sera exécutoire* », et ce, sans le consentement préalable des époux⁵⁰.

Ces auteurs en confortant leur position, avaient édité des définitions et conceptions de l'arbitre, homme convaincant, utile à faire régner la justice et la réconciliation entre les époux, dit Zamakhchari, homme juste, connaisseur et faisant usage de la maslaha, dit Aloussi, celui qui a le pouvoir de décider et d'engager, souligne Ibn Achour⁵¹.

En guise de conclusion, ces foukaha sont unanimes sur le fait qu'il ne s'agit nullement de mandataires, ni de simples réconciliateurs mais de vrais juges dont les pouvoirs leur sont attribués par le verset coranique, et non par les époux, ces juges n'auront pas besoin de l'investiture ou autorisation des époux pour décider la répudiation ou le divorce, et dans leur mission procèdent à l'application directe des règles de la chariâa entre les époux.

C.Evaluation Critique

L'interprétation du verset coranique « *Si vous craignez le désaccord entre les deux (époux), envoyez alors un arbitre de sa famille à lui et un arbitre de sa famille à elle, si les deux veulent la réconciliation, Allah rétablira l'entente entre eux. Allah est certes, omniscient et parfaitement connaisseur* », qui constitue le fondement de la théorie du Chikak = discorde en droit musulman, a donc scindé les jurisconsultes en deux grands courants.

Cependant chacun des jurisconsultes de ces deux courants, fait usage des arguments se rattachant en général à l'origine divine du texte coranique, de sa sacralité et notamment de l'interprétation exégétique

50- IBN KAYIM ALJAWZIA Mohamed, ZAD AL MOUAD FI HADYI KHAYRI AL IBAD, Maktabat al manar al islamia, moassassat arrisala, 1979.

51- IBN HAYAN ANDALOUSSI Mohamed, TAFSIR ALBAHER ALMOUHIT, maktabat wa matabia annasr alhadita, Ryad.

dudit texte. En effet ces foukaha du droit musulman ont investi de grands efforts dans l'analyse de la qualité des arbitres désignés prévus par le texte coranique, et leur mission, tout en s'éloignant de l'objectif suprême, raison d'être même dudit verset, qui est la protection de la stabilité familiale ;

Or à notre avis les arbitres et leur mission ne sont qu'un moyen parmi d'autres pour faire régner la stabilité dans le couple.

Pour ce faire toute interprétation du texte doit être faite en tenant compte de l'esprit du texte et de la volonté de Dieu en étudiant ce verset ce qu'on peut chercher en parcourant tout le courant et les hadiths, mais aussi les faits qui ont été à l'origine de la révélation, cela ne peut être fait qu'en s'éloignant de la lettre du texte⁵², et en prenant en considération l'ensemble du Coran et hadith en rapport avec la question, mais aussi en écartant l'ensemble des traditions et coutumes des époques anciennes, qui s'avèrent inadéquates à l'époque contemporaine.

Pour réussir l'application dudit verset coranique, il faut user d'une interprétation qui prend en considération la nature des problèmes surgissant entre les époux de l'époque contemporaine et se fixer comme objectif d'y trouver des solutions qui tiennent compte de certains principes universels, notamment l'égalité des sexes. Ce qui ne peut être atteint que par un renouvellement profond des anciennes théories des jurisconsultes du droit musulman.

Dés lors que la dite réglementation s'efforce à traiter et régir les rapports familiaux, dans les conditions de préservation de la stabilité du couple, ne transgresse en rien le texte coranique. Cette réglementation peut s'inspirer des interprétations et explications qu'ont faites les anciens jurisconsultes. Toutefois ces dernières doivent être conçues comme des propositions relatives à des époques qui ne sont pas les nôtres d'une part, mais aussi comme de simples œuvres humaines et n'ont rien de sacré.

52- La lettre du texte tue son esprit.

L'adaptation de la théorie de discorde doit tenir compte de la société musulmane contemporaine, de la viabilité de toute solution proposée dans le cadre des organes étatiques actuels et du respect des principes universels auxquels sont adhérents les pays de la planète. D'où cette adaptation doit être faite à notre avis à l'image des réglementations civiles et pénales.

En effet, ne doit-on pas considérer ledit verset coranique comme une incitation et un encouragement à traiter les problèmes familiaux en toute égalité entre les époux, Dieu dit-il « *Un arbitre de la famille de l'épouse et un arbitre de la famille de l'époux* », pourquoi n'interprétant pas cette formule dans le sens d'égalité entre les époux, ainsi on aurait répondu aussi bien à l'application du texte coranique dans son esprit, qu'à l'usage du principe d'égalité des sexes qui est un des principes élémentaires⁵³ des droits de l'homme, aux quels a adhéré la quasi-totalité des pays du monde y compris les pays musulmans.

Le texte coranique n'a pas montré les détails de la réglementation des arbitres, la façon de leur désignation, ni leur mission, alors pourquoi n'userait-on pas de souplesse et laisserait la liberté aux peuples⁵⁴ de décider de ces questions dans le cadre de l'organisation judiciaire en vigueur.

Ceci conférerait une certaine légitimité religieuse au cadre et statut de traitement des problèmes de famille d'une part, et donnerait à ces litiges familiaux des solutions issues de la réalité contemporaines de la société.

Une telle analyse aurait pour conséquence de réduire le paradoxe, qui se trouve souvent alimenté par la discordance et la disparité entre l'Etat qui s'engage sur la base des conventions et traités internationaux dont les références et les fondements sont laïcs, et la cellule élémentaire de la société qui est la famille et qui se trouve être soumise à une réglementation doctrinale qui se prétend religieuse.

53- L'article premier de la déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 énonce que « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.... »

54- Dans le cadre des parlements les représentant.

Paragraphe deuxième : La conception de la procédure de discorde par les législations contemporaines

La notion de discorde prévue par le livre saint dans la sourate des femmes, verset 35, n'a pas fait l'unanimité entre les différents rites et jurisconsultes de droit musulman.

Ainsi les controverses doctrinales auxquelles cette institution a donné lieu, se sont déplacées dans le camp des législations nationales contemporaines des pays arabo - musulmans, ce qui a donné lieu à des extrémités dans les conceptions de la même institution.

La législation marocaine n'avait retenu la procédure de discorde que comme un procédé facultatif de réconciliation⁵⁵, auquel le juge recourt au seul cas où la femme n'arrivait pas à prouver le préjudice allégué. Cependant le nouveau code de la famille en fait une voie à part entière de dissolution de l'acte de mariage.

En effet, avant de procéder à l'analyse de la nouvelle conception retenue par le droit marocain sous l'égide du nouveau code de la famille qui sera l'objet d'un deuxième point, nous verrons dans un premier point les différentes conceptions de l'institution de discorde qui ont été retenues par certains pays étrangers. Et dans un troisième point de ce paragraphe nous allons exposer notre point de vue dans le cadre d'une appréciation critique.

A.La procédure de discorde dans les législations étrangères

La procédure de discorde est connue du droit musulman depuis la révélation du verset coranique numéro 35 de la sourate des Femmes. Toutefois les querelles doctrinales auxquelles a donné lieu entre les jurisconsultes et auteurs fondateurs du droit musulman, se sont répercutées sur son adoption par les différents pays arabo – musulmans.

55- L'article 57, deuxième alinéa, du C S P.

En effet et en dépit de l'importance du courant de droit musulman qui a préconisé la discorde comme une procédure de divorce, et a accordé aux arbitres un vrai pouvoir de décider de la rupture du lien conjugal, la plupart des pays musulmans ne l'ont conçue que comme une procédure de réconciliation : la désignation des arbitres étant un procédé non obligatoire et dépourvu de toute attribution de décision, qui se limite à la mission de témoignage de la réalité des faits entre les époux.

Ainsi le code de statut personnel marocain de 1957, ne connaissait pas cette institution à part entière, et la réglementait comme un procédé de réconciliation au seul cas où l'épouse n'arrivant pas à établir le préjudice allégué, et renouvelait sa plainte. A ce moment là le juge envoyait deux arbitres et les chargeait à s'efforcer à ramener les époux à des meilleurs sentiments⁵⁶.

De plus le législateur du code de la famille algérien⁵⁷, prévoit presque les mêmes dispositions pour la procédure de discorde : *« Si la mésentente s'aggrave entre les époux et si le tort n'est pas établi, deux arbitres doivent être désignés pour les réconcilier. Les deux arbitres, l'un choisi parmi les proches de l'époux et l'autre parmi ceux de l'épouse, sont désignés par le juge, à charge pour les deux arbitres de présenter un rapport sur leur office dans un délai de deux mois »*

Ainsi le législateur algérien rejoint la majorité des pays musulmans, retenant la procédure de discorde et celle de la désignation des arbitres entre les époux comme une simple procédure facultative, en ce sens qu'il n'y recourt qu'en cas de non établissement du préjudice

56- L'article 56 de l'A C S P prévoyait « Si l'épouse se prétend objet de quelque sevice que ce soit de la part du mari au point que la vie conjugale en soit devenue impossible eu égard à sa condition sociale, et si le sevice invoqué est établi, le juge après tentative de conciliation restée infructueuse, prononcera le divorce des époux.

Si la demande en divorce était rejetée, et si la femme renouvelle ses plaintes sans que le préjudice soit établi, le juge déléguera deux arbitres pour tenter de concilier les conjoints. Les deux arbitres rechercheront les causes de la dissension existant entre les époux et s'efforceront de les ramener à des meilleurs sentiments, ils procéderont à la conciliation si elle est possible sur une base quelconque, sinon le juge sera saisi pour trancher le litige à la lumière du rapport des arbitres. »

57- Article 56 du Code de la famille Algérien.

prétendu par l'époux⁵⁸ demandeur du divorce et que la plainte se renouvelle.

Quant au législateur libyen, il régleme la discorde d'une façon ne permettant pas d'en dégager une position claire à l'égard de la procédure de discorde, ainsi et après avoir affirmé la formalité de désignation des arbitres entre les époux en désaccord, il confère à ces derniers le pouvoir de prononcer le divorce au seul cas où l'époux défendeur s'avère fautif⁵⁹, et dans le cas inverse, les arbitres se limitent aux efforts de réconciliation des époux, sans aucune attribution d'achèvement du litige.

En revanche, d'autres pays musulmans conçoivent la théorie de discorde comme une voie de dissolution du mariage, et confèrent aux arbitres prévus par le verset coranique le pouvoir de statuer et d'achever le litige opposant les époux et dans une appréciation souveraine, de décider du sort du rapport conjugal, mais aussi de condamner l'époux qui a tort à l'indemnité qu'ils considèrent appropriée.

En effet, le législateur du code de statut personnel mauritanien, prévoit la possibilité de désignation des arbitres en cas de renouvellement des plaintes par l'épouse n'arrivant pas à prouver le préjudice prétendu, ces arbitres prononcent la réconciliation des époux, à défaut ils prononcent le divorce, moyennant compensation si la femme a tort, et sans compensation si les torts sont du côté de l'époux défendeur⁶⁰.

⁵⁸ - Généralement l'épouse, puisque le mari dispose toujours de la procédure de répudiation, où il n'aura à établir aucun tort de l'épouse pour obtenir la dissolution du mariage.

⁵⁹ - Le code de famille libyen dispose: « Le tribunal n'arrivant pas à réconcilier les époux, désigne les arbitres pour les réconcilier. S'ils ne se réconcilient pas, et si c'est l'époux qui est fautif, et que l'épouse ou les deux ont demandé le divorce, les arbitres décident irrévocablement le divorce, sans toucher aux droits de l'épouse découlant du divorce ou de mariage, et si c'est l'époux qui demande le divorce les arbitres proposent le rejet de la demande. »

⁶⁰ - L'article 102 du code de statut personnel mauritanien « L'épouse qui prétend être l'objet de quelque préjudice que ce soit de la part du mari, au point que la vie

La même conception de la théorie de discorde est adoptée par le législateur du code de la famille jordanien, en accordant aux arbitres désignés entre les époux en désaccord, et qui ne parviennent pas à les réconcilier, le pouvoir d'achever le litige par un divorce qu'ils auront à décider avec ou sans compensation⁶¹.

Dans le même ordre d'idée le législateur Koweïtien, affirme d'une façon explicite la procédure de dissolution du mariage pour existence de litige et discorde entre les époux, et prévoit la désignation des arbitres et leur confère le pouvoir de trancher le désaccord les opposant, soit par

conjugale en soit devenue impossible, obtient après tentative de conciliation du juge restée infructueuse, le divorce si elle prouve le préjudice.

Si la demande en divorce est rejetée et si la femme renouvelle ses plaintes sans que le préjudice soit établi, le juge déléguera deux arbitres de préférence l'un parmi les proches du mari et l'autre parmi ceux de la femme pour tenter de réconcilier les conjoints. Les arbitres chercheront les causes de la dissension existante entre les époux et s'efforceront de les réconcilier. Ils prononcent la réconciliation obtenue. A défaut de conciliation ils prononcent le divorce, moyennent compensation si la femme a tort, et sans compensation si les torts sont du côté du mari. Les arbitres saisiront le juge afin de rendre exécutoire leur sentence ».

⁶¹ - Article 132 du code de la famille jordanien qui dispose « Chacun des époux, en cas de litige ou discorde entre eux, peut demander le divorce s'il prétend être l'objet de sévices de la part de l'autre conjoint, au point que la continuité de la vie conjugale s'avère impossible avec ces sévices.

a – si la demande en divorce émane de l'épouse, et qu'elle a établi les dits sévices, le juge s'efforce à les réconcilier et s'il ne peut pas, il met en demeure le mari à mieux se comporter avec son épouse et reporte le dossier un mois, et si les deux ne se réconcilient pas, il renvoie l'affaire aux arbitres.

b – si le demandeur est l'épouse, et qu'elle a établi l'existence du litige et de discorde, le juge procède comme il est dit à l'alinéa précédant

c – les arbitres doivent être de sexe masculin, honnêtes, prouvant des qualités de réconciliateurs, l'un d'eux des proches de l'épouse, l'autre des proches du mari, si possible, et s'il ne peut pas le juge désigne deux hommes experts, justes et pouvant exercer la réconciliation.

e – si les arbitres ne parviennent pas à réconcilier les époux, et leur paraît que les torts sont du côté de l'épouse, ils décident le divorce avec une compensation ne pouvant pas être inférieure à la dote. Et si les torts sont du côté de l'époux, ils décident irrévocablement le divorce.... »

une réconciliation, soit par une séparation simple ou avec compensation⁶².

B. La conception de discorde en droit marocain

En éditant le nouveau code de la famille en 2004, le législateur marocain, prévoit une procédure nouvelle dite de discorde, ainsi il a consacré le premier chapitre du titre quatre du dit code au divorce judiciaire sur demande de l'un des époux pour raison de discorde.

La procédure de discorde est réglementée en quatre articles qui contiennent les procédés de réconciliation, judiciaire et extra judiciaire, et le pouvoir du tribunal de prononcer la dissolution du mariage et ses effets.

Il découle de la première lecture des dispositions du nouveau code de la famille, que le législateurs se rattache à la théorie de discorde par le biais de la désignation des arbitres, mais n'accordant à l'institution de l'arbitre aucune importance, puisque le tribunal peut toujours s'en passer, ainsi le nouveau code dispose qu'en cas de désaccord des arbitres ou s'ils ne présentent pas leurs rapports dans le délai imparti, le tribunal peut procéder à une enquête complémentaire par tous moyens qu'il juge adéquats. Ce qui montre que la volonté du législateur à l'égard des arbitres reste la même que celle déjà contenue dans le code de statut personnel⁶³, qui fait que les arbitres ne sont qu'un simple procédé de réconciliation, qui peut être remplacé par le tribunal par n'importe quel autre procédé qu'il juge efficace.

Néanmoins, la procédure instaurée par les dispositions susvisées, est une procédure de dissolution de l'acte de mariage, par décision de

62- Les articles 126 à 130 du code de statut personnel koweïtien, qui énoncent presque les mêmes dispositions que son homologue jordanien.

63- L'article 56 du C S P.

justice, et non par décision des arbitres, ni par la seule volonté de l'un des époux⁶⁴.

De par ces dispositions, la procédure dite de discorde « chikak » se fonde sur la prétention des époux ou de l'un d'eux, d'un différend les opposant et qui risquerait d'aboutir à la discorde.

En effet, le législateur n'a pas décrit les caractères du différend ou litige entre les époux qui pourrait justifier la discorde, mais le guide pratique qu'a promulgué le ministère de la justice au lendemain de la mise en vigueur du code de la famille, a défini la discorde « chikak » comme étant « *Le différend profond et permanent entre les époux, rendant impossible la continuité de la relation conjugale*⁶⁵ », la doctrine quant à elle définit la discorde ou l'état de Chikak entre les époux dans presque les mêmes termes. Ainsi elle est appréhendée comme le défaut de respect et d'intimité débouchant sur une mésentente et une animosité entre les époux, au point de susciter le manquement des droits et devoirs réciproques entre conjoints, et rendant impossible la continuité de la vie commune⁶⁶.

La jurisprudence suit le même parcours que la doctrine, et définit la discorde en « *Le cas d'impossibilité de continuité de la vie conjugale en raison de l'état du litige entre les époux, rendant l'un loin de l'autre, à cause d'une animosité*

⁶⁴- Parce qu'en droit marocain l'époux peut dissoudre l'acte de mariage par sa seule volonté, et c'est ce qu'on appelle le répudiation devenue dans l'actuel code de la famille « Divorce sous contrôle judiciaire ».

⁶⁵- Ministère de la Justice, ADDALIL AL AMALI LIMOUDAWANAT AL OUSRA, imprimerie fdala, Mohammadia, 2004.

⁶⁶- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, éd annajah aljadida, Casablanca, 2006.

- Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, le divorce pour cause de discorde dans le code de la famille, Edition Najah El Jadida 2006.

- Raja NAJI EL MEKKAoui, La Moudawana, le référentiel et le conventionnel en harmonie, T2 la dissolution du mariage Edition Bourgreg, 2009, Rabat.

- Houssine ALALAMI, Procédure de discorde dans le code de la famille, revue Al Miyar, n°32.

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, mariage, répudiation et divorce, éd de l'association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, série études et recherches, n°7, Novembre 2008.

discordant tout rapport entre eux et rompant l'exercice des droits et devoirs réciproques entre conjoints⁶⁷.»

Ainsi conçue par la doctrine et la jurisprudence, la discorde ne peut alors être qu'un litige sérieux entre les époux et à cause du quel la vie conjugale ne pourra plus continuer.

A la lumière de la généralité des dispositions de l'article 97 du code de la famille⁶⁸, se pose la question de la conception juridique du divorce pour discorde adoptée par le nouveau texte.

En d'autres termes, la voie de dissolution de mariage pour discorde, est une procédure exigeant l'établissement des faits constituant le chikak entre les époux, au même titre que les voies de divorces traditionnelles, ou encore un simple procédé de divorce qui n'est soumis à aucune condition de preuve, à l'image de la répudiation exercée par le mari⁶⁹.

Les premières années qui ont suivi la mise en vigueur du code de la famille, ont marqué une division de la jurisprudence et de la doctrine sur la réponse à cette question de la conception juridique du divorce pour raison de discorde, elle est commentée par un auteur comme étant une institution a part entière prévue dans le but de dissiper le différend qui oppose les époux, et dans ce cadre, elle est conçue par le code de la famille comme une alternative aux autres modes de dissolution du mariage, notamment quand la partie qui détient le droit de répudier en

67- T P I de Marrakech, dos numéro 3269/8/2004 en date du 13 Janvier 2005, inédit.

- C A de Laayoune du 21 mars 2006, dos numéro 02/2006

- T P I de Targuiste du 11 octobre 2006, dos numéro 49/2006

- T P I de Semara du 23 janvier 2007, dos numéro 129/2006

- T P I d'Agadir du 18 mai 2005, dos numéro 19/2005

Jurisprudence publiée par : Almontaqa min amal alqadae fi tatbiq moudawanat al ousra, numéro 10, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 10 février 2009.

⁶⁸- Ainsi l'article 97 du code de la famille dispose que « En cas d'impossibilité de réconciliation et lorsque la discorde persiste, le tribunal en dresse procès verbal, prononce le divorce et statue ».

⁶⁹- Puisque la répudiation exercée par le mari, n'est conditionnée par aucun motif, seul le pouvoir discrétionnaire de l'époux, article 79 et 80 du code de la famille.

abuse ou lorsque la partie désirant se soustraire à l'union conjugale ne possède aucun motif justifiant le divorce⁷⁰.

Ainsi cet auteur considère l'institution de chikak comme un moyen de pallier et de contrecarrer l'abus d'usage de la répudiation par le mari, et de se libérer du lien conjugal librement par l'épouse, quand elle ne pourra pas justifier d'un motif de divorce, la même attitude réactionniste a été adoptée par une partie importante de la doctrine marocaine, en ce sens qu'il en est dit « *Un litige profond et permanent, rendant impossible le rapport conjugal, mais n'étant soumis à aucune exigence de preuve, et la seule prétention du demandeur de divorce suffit*⁷¹ » et se justifie par la volonté du législateur de rendre justice à la femme et lui permettant par le biais de cette procédure de se libérer du lien de mariage à l'image du mari.

La même justification est véhiculée par d'autres auteurs, en effet il est dit de cette procédure « *Un grand pas vers l'émancipation des femmes marocaines dans la mesure où celles-ci ne sont plus, comme par le passé, otage d'un mariage qu'elles désirent rompre*⁷². » cette motivation de restaurer à la femme ses droits est soutenue par d'autres auteurs en commentant la procédure de discorde ainsi « *voulant préserver les droits de la femme et des enfants, le législateur a institué le régime de divorce pour discorde, en lui donnant un sens étendu qui a permis à la femme de demander le divorce si elle déclare éprouver une vie conjugale intolérable et affiche sa conviction de l'impossibilité de sa continuité*⁷³ », le même raisonnement se fondant sur l'égalité des sexes a été soutenu par un autre auteur en commentant une décision de justice, ainsi il y est dit « *Le divorce judiciaire pour cause de discorde nouvellement introduit par le code*

⁷⁰-Rajaa NAJI ELMEKKAoui, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

⁷¹- Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour cause de discorde dans le code de la famille, op.cit

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

⁷²- Nadia OUELHRI, Chikak ou égalité devant le divorce, Maroc Hebdo International, numéro 734 du 2 au 8 mars 2007.

⁷³-Le quotidien marocain l'opinion du 10 Mai 2010.

*marocain de la famille, permet à l'épouse d'accéder au divorce judiciaire à égalité avec le mari*⁷⁴. »

La façon d'analyse de cette partie de la doctrine, a influencé la jurisprudence dans son ensemble, sauf quelques exceptions. En effet il a été dit dans un jugement de tribunal de première instance de Marrakech⁷⁵ *« En dépit du droit des époux prévu par l'article 94 du code de la famille, de recourir à la justice pour prévenir les différends les opposant et qui risqueraient d'aboutir à la discorde, le tribunal et dans le cadre de ce texte, a exercé deux tentatives de réconciliation, restées infructueuses, et il a envoyé deux arbitres parmi les proches des époux et ne sont pas parvenus à les réconcilier, et que tout au long de cette procédure, la demanderesse tienne à sa requête tendant à mettre fin au lien conjugal par divorce, ce qui justifie l'état de discorde entre les époux ... »*

Cette motivation des décisions de justice, se répète par attendus types⁷⁶ reproduisant des termes généraux de l'article 97 du code de la famille, et faisant du divorce pour raison de discorde un droit des épouses de se libérer du lien de mariage, qui n'exige aucune preuve du litige, et n'étant conditionné que par une prétention de l'un des époux du litige l'opposant à l'autre conjoint et la non réconciliation durant la procédure⁷⁷.

Cette quasi unanimité sur le contenu de la procédure de discorde, n'a pas empêché certaines résistantes, ainsi Abdessalam ZOUIR⁷⁸

74-Mohamed BOUFOUS, Commentaire de l'arrêt de la cour suprême numéro 427 du 10/09/2008, www.lagovox.fr

75- T P I de Marrakech, n° 418 en date du 03/03/2005 dos n°2005/8/2004, inédit.

76- « Attendu que le nouveau code de la famille prévoit la procédure de discorde pour permettre à l'épouse de se libérer du lien conjugal, loin des lenteurs et complications des voies traditionnelles de divorce. »

T P I de Fés du 23 mai 2005, dos n 4693

T P I de Fés du 23 mai 2005, dos n 4480

Revue Almiayar, n 34

T P I de Marrakech du 04 août 2005, Mohamed EL GACHBOUR, op.cit

77- C A de Laâyoune, n° 35/06 en date du 21 mars 2006, dossier 02/2006, revue Mouhakama, n°1.

- T P I de Remani, n°40, en date du 29/01/2004, rapporté par ZOUIR Abdessalam, op.cit

78- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

soutient qu'en dépit de l'explicité du texte législatif, le tribunal doit s'assurer de l'état de discorde entre les époux, qui peut être établi par tout moyen de preuve, a défaut rejette la demande, cet opinion a influencé certaines décisions de justice⁷⁹, qui sont motivées par la sacralité du rapport conjugal et la protection de la stabilité familiale. Cependant ces décisions rares, sont généralement infirmées par la cour d'appel⁸⁰.

C.Appréciation Critique

Les controverses doctrinales⁸¹, auxquelles avait donné lieu l'interprétation du verset coranique numéro 35 de la sourate des Femmes, fondement de la théorie de discorde en droit musulman, se sont répercutées sur les législations internes⁸² des pays arabo – musulmans.

Ainsi le législateur marocain, n'a pas pu échapper à ces controverses, et a retenu dans le nouveau code de la famille la procédure de discorde dans des termes ambigus, et faisant état d'une rédaction conciliant les différents points de vue, mais surtout dont l'application pouvant déboucher sur des conséquences néfastes pour la société.

Le consensus qui a eu lieu entre les deux principaux⁸³ courants représentés dans la commission chargée d'élaborer le code de la famille, a généré les articles 94 à 97 dudit code dont les termes et expressions

79- T P I de Laâyoune, jugement numéro 832/05 en date du 01/12/2005 dossier 411/2005, revue Mohakama, n°1, Septembre 2006, où il était dit : « Compte tenu de la sacralité du rapport conjugal, et en protégeant la stabilité familiale, et en la prévenant de la discorde, et considérant la simplicité des motifs sur les quels se fonde l'épouse dans sa requête de divorce, et que le mari tienne à son épouse, rend l'état de chiqaq non établi, et il échet de rejeter la demande ».

- T P I de Marrakech du 02 octobre 2006, dos numéro 938/ch/06, inédit.

- T P I de Marrakech du 20 septembre 2007, dos numéro 244/23/07, inédit.

- T P I de Marrakech du 10 décembre 2007, dos numéro 1940/23/2007, inédit.

- T P I de Marrakech du 05 avril 2007, dos numéro 1761/ch/2006, inédit.

80- C A de Laâyoune ci-dessus au n 79.

81- Voir le premier paragraphe de cette section.

82- Traité en « A » de ce paragraphe.

83- Les associations féminines d'une part et les conservateurs islamistes d'autre part.

prêtent à confusion et reflètent un désaccord au point qu'ils y coexistent des positions inconciliables. Ainsi les associations féminines réclamèrent le droit de la femme à une stabilité familiale, faisant allusion aux abus de répudiation dont elle était souvent l'objet, et le courant conservateur traditionaliste, qui défendait la sacralité du droit de l'époux à la répudiation. Le rapprochement de ces deux positions, s'était fait par le chemin le plus court qu'était d'adopter la procédure actuelle dite de discorde.

Sur le plan de l'apparence cela peut s'avérer une solution pertinente, du fait qu'elle établit l'équilibre entre les deux parties du pacte conjugal et permet à l'épouse, qui a tant souffert sous l'égide de l'ancien code de statut personnel, de se libérer du pacte de mariage dans les mêmes conditions que le mari, ce qui répond aussi au souci d'égalité entre les époux.

Cependant il ne faut pas confondre l'objectif avec le moyen et sacrifier le premier au profit du second, car l'objectif n'étant pas de faciliter l'accès aux procédures de dissolution du mariage, ni encore de s'en libérer facilement et librement. L'objectif est bien de renforcer la stabilité familiale et la protection des droits des enfants, et c'est là l'esprit qui doit être retenu du code de la famille et le fondement que doit avoir l'interprétation de ses dispositions.

Il est vrai que le nouveau code⁸⁴ pose la règle du moindre mal et par la suite le recours au divorce ne doit être qu'exceptionnel, en se référant à la stabilité familiale et aux droits des enfants. Mais cet objectif est – il observé sous l'égide du nouveau code de la famille ?

La réponse à cette question est loin d'être positive⁸⁵, vu la simplicité des dispositions régissant cette nouvelle voie de divorce, mais

84- L'article 70 du N C F qui dispose « Le recours a la dissolution du mariage par le divorce ou le divorce judiciaire ne doit avoir lieu qu'exceptionnellement et en observant la règle du moindre mal et ce du fait que cette dissolution entraîne la dislocation de la famille et porte préjudice aux enfants. »

85- Ça s'explique par la croissance continue de la courbe des divorces.

aussi la facilité de se libérer du lien conjugal sans être tenu d'aucune exigence ni de preuve ni de motif.

A notre avis, l'échec de l'application des dispositions de discorde dans la réalisation des objectifs de la stabilité familiale et la protection des droits des enfants, est issu de l'absence d'une vision législative générale et claire dans les procédures de dissolutions du pacte conjugal. En ce sens que la lecture des règles encadrant le divorce dans le nouveau code de la famille permet d'en dégager trois catégories de divorce, le divorce par volonté unilatérale de l'époux (Répudiation), les voies de divorces traditionnelles, déjà contenues dans le code de statut personnel, et la nouvelle voie de discorde. Ce qui pose la question de l'intérêt d'une telle variété des voies. Et surtout si ce n'est l'absence d'une réunification de ces procédures à ce qu'elles soient les mêmes pour les deux époux qui a débouché sur cette position réactionniste de la doctrine et de la jurisprudence ayant pour conséquence la banalisation du rapport conjugal.

N'était – il pas adéquat d'opter pour une solution tenant compte de différents intérêts en cause. Ceci ne peut se faire qu'en ayant à l'esprit, de faire régner dans la cellule familiale, qui est le noyau de la société, les valeurs de justice et d'équité, loin de tout protagonisme.

Quoi qu'il en soit, l'interprétation actuelle des dispositions de discorde est une conséquence directe de l'usage abusif par le mari du divorce par déclaration (Répudiation), ce qui est une réaction à l'égard de l'attitude du mari, faisant une sorte de justice rendue à l'épouse. Ce qui consacre un autre abus de divorce cette fois ci à la portée des deux époux.

De surcroît, ce qu'on reprochait aux dispositions antérieures réglementant le divorce c'était d'une part la légalisation de l'abus en permettant à l'époux de dissoudre le pacte conjugal par une simple déclaration de sa part, d'autre part, l'inégalité procédurale dont souffrait l'épouse.

Alors la solution n'est pas d'instaurer l'usage de l'abus au profit de l'épouse par la procédure de discorde, comme l'a fait le nouveau code de la famille, mais de rétablir l'égalité entre les époux par une réunification des procédures de divorce entre eux et de les rendre communes.

En effet ni la doctrine ni la jurisprudence n'auront à se substituer au législateur, seul dépositaire de la volonté générale. L'état actuel des faits, ne peut être imputé qu'au législateur qui, à notre avis, doit exprimer une position claire et explicite, loin de tout consensus, permettant d'en dégager des règles au service des objectifs tracés par la société.

SECTION SECONDE : LA DISCORDE AU REGARD DES AUTRES VOIES DE DIVORCE

La voie de discorde est une voie de dissolution du lien conjugal, mais elle n'est pas la seule.

En effet avant l'édition de la nouvelle voie de discorde, l'ancien code du statut personnel contenait deux sortes de modes de dissolution du lien de mariage, d'une part la répudiation qui est à la portée du seul mari, et les voies traditionnelles de divorce, permettant à l'épouse de demander à la justice, dans des cas légalement déterminés, de prononcer la désunion. L'examen du rapport et l'impact de la nouvelle procédure de discorde sur la répudiation et les voies classiques de divorce, permet de délimiter le domaine de la discorde par rapport aux autres voies concurrentes.

Ainsi nous allons étudier l'objet de cette section en deux paragraphes, le premier aura pour objet, la discorde et la répudiation, et le second, la discorde et les autres voies de divorce.

Paragraphe premier : Le divorce pour discorde et la répudiation

Les critiques dont la répudiation a fait l'objet, ont contribué à l'émergence du divorce pour discorde. Ainsi cette nouvelle voie de divorce est éditée pour pallier l'injustice dont souffrait la femme épouse, tout en maintenant la répudiation.

Dés lors une comparaison des deux voies de dissolution du mariage est recommandée pour distinguer le divorce pour discorde de la répudiation. Mais aussi il faut se demander sur l'impact que pourrait avoir la création de la nouvelle procédure de discorde sur l'avenir de la répudiation.

Ainsi nous allons diviser ce paragraphe en trois points, dans un premier nous examinons la notion de la répudiation et dans un deuxième, les distinctions entre le divorce pour discorde et la

répudiation, avant d'essayer de répondre à la question sur l'avenir de la répudiation au vue de la discorde, dans un dernier point.

A. La notion de répudiation «ou Talaq »

La répudiation est la dissolution de l'acte de mariage par la déclaration unilatérale de l'époux. Ce mode de dissolution du lien conjugal se fondant sur des versets coraniques⁸⁶ explicites, fait l'unanimité des rites sunnites, fondateurs du droit musulman.

La volonté de l'époux est une condition suffisante, pour la validité de la répudiation, mais est une condition nécessaire et indispensable. Néanmoins ce principe est atténué par des conventions qui peuvent avoir lieu lors de la formation du contrat de mariage (droit d'option) ou des aménagements au court de la vie conjugale (Khol' et par consentement mutuel).

Pour cerner la notion de répudiation il convient d'examiner ses différentes variantes, aussi nous verrons dans un premier point la répudiation pure et simple, consécutive à une déclaration unilatérale de l'époux, et dans un deuxième point les différentes formes de procuration de la répudiation à l'épouse avant de traiter dans un troisième et quatrième point, respectivement les répudiations, moyennant compensation et issue d'un accord mutuel des époux.

86- Ainsi il est énoncé dans le livre saint :

- Verset numéro 227 de la sourate= la Vache :

« Mais s'ils décident la répudiation (celle-ci devient exécutoire) car Dieu est certes audient et omniscient ».

- Verset numéro 229 de la sourate= la Vache :

« le Talaq : répudiation, est permis pour seulement deux fois, alors c'est soit la reprise conformément à la bienséance, ou la libération avec bienfaisance... ».

- Verset numéro 237 de la sourate = la Vache :

« Et si vous les répudiez (les femmes) avant de les avoir touchées, mais après fixation de la dote, versez leur alors la moitié de ce que vous avez fixé... ».

- Verset 231 de la sourate = la Vache :

« Vous ne commettez point de péché en répudiant les épouses que vous n'avez pas touchées... ».

I. La répudiation par déclaration unilatérale de l'époux

A la lumière des fondements religieux explicites et non contestés, la répudiation par déclaration unilatérale de l'époux existe au Maroc avant même la codification des lois réglementant le statut personnel en 1957.

Le premier code du statut personnel au Maroc l'avait consacrée, et réglementée sous trois formes, la répudiation prononcée avant la consommation du mariage, la répudiation première et deuxième, et la répudiation pour la troisième fois⁸⁷.

Quoi qu'il en soit ledit code ne concevait la répudiation que comme une procédure extrajudiciaire, en ce sens que l'époux n'avait à engager aucune procédure judiciaire, et il lui suffisait pour parfaire la séparation légale avec son épouse de prononcer la formule de « Talaq » ou une formule équivalente d'une part et d'autre part, pour des raisons de preuve⁸⁸, faire constater cette déclaration de répudiation par un acte adoulaire⁸⁹.

Les réformes apportées au code de statut personnel en 1993, instaurent certaines formalités, obligeant les époux qui voulaient répudier à en demander l'autorisation⁹⁰ par le magistrat chargé des adouls, et celui-ci ne pouvait délivrer ladite autorisation qu'après avoir convoqué l'épouse et procédé à une tentative de réconciliation restée

87- La différence qu'il y ait entre ces trois formes de répudiation est que la répudiation avant la consommation du mariage et la répudiation troisième, suite à deux premières répudiations successives, dissolvent immédiatement le lien conjugal, alors que la répudiation première et deuxième après consommation du mariage, permettent au mari de reprendre son épouse durant le délai de viduité, sans qu'il ait recourt à un nouveau contrat de mariage, ni au consentement de l'épouse.

88- Puisque la répudiation produisait ses effets à partir de la déclaration verbale de la formule du Talaq.

89- L'article 48 du code de statut personnel de 1957 « la répudiation doit être reçue par deux adouls ».

90- L'article 179 du code de procédure civile, marocaine de 1974 modifiée et complétée par le dahir du 10 septembre 1993.

infructueuse, et notamment s'assurer du dépôt, par le mari⁹¹, d'une somme d'argent à la caisse du tribunal, pour garantir le paiement des droits de la femme et ceux des enfants.

Le nouveau code de la famille, apporte certaines innovations qui ont trait aux formalités de la répudiation, surtout que la demande de répudiation se trouve soumise à un vrai procès judiciaire.

Ainsi le législateur instaure une vraie procédure de réconciliation⁹², et désormais l'autorisation d'instrumenter la déclaration de « Talaq » est de la compétence de la formation du tribunal.

Mais la question qui continue toujours de se poser avec acuité, est la limite du contrôle judiciaire sur le pouvoir du mari. Autrement si le tribunal juge abusive la position de l'époux, pourra-t-il rejeter la demande d'autorisation ? Ou la répudiation relève toujours du pouvoir discrétionnaire du mari ?

La réponse sous l'actuel code de famille⁹³ ne peut être que négative. Et le mari peut toujours mettre fin au lien du mariage par simple déclaration, et la dissolution du pacte conjugal prend effet à partir du prononcé de la formule de « Talaq ».

91- L'article 48 du code de statut personnel modifié par le Dahir du 10/09/1993 :

« La répudiation doit être reçue par deux adouls en fonction dans le ressort territorial de la compétence du juge où se trouve le domicile conjugal.

La répudiation ne sera enregistrée qu'en la présence simultanée des deux parties et après autorisation du juge.

Si l'épouse reçoit la convocation et qu'elle ne se présente pas, il est passé outre à sa présence au cas où le mari maintient sa décision de répudier... ».

92- La même procédure de réconciliation que le divorce pour raison de discorde.

93- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, éd alwatania, Marrakech, 2010.

- Mohamed ELGACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

II. La répudiation consentie à l'épouse

Le droit musulman considère la répudiation un droit exclusif du mari. Ce dernier peut déléguer⁹⁴ et consentir à son utilisation par une tierce personne, notamment l'épouse.

La procuration du droit de répudiation prend généralement trois formes, qui sont désignées dans le jargon du droit musulman par « Takhyir », « Tamlik » et « Tafwide ».

Ainsi, le « Takhyir » désigne un droit d'option donné par le mari à son épouse, celle-ci peut alors choisir entre le maintien du mariage et la répudiation⁹⁵.

Le « Tamlik », est le fait que l'époux consent, lors du contrat de mariage, à ce que son épouse dispose du pouvoir de répudier. Tandis que le « Tafwid », est le mandat que l'époux accorde à une tierce personne, y compris l'épouse, en vue d'exercer le pouvoir de répudiation⁹⁶.

Ces différentes formes de répudiation par procuration, trouvent leurs fondements, dans un verset coranique mais aussi dans certains hadites de la sunnah⁹⁷.

⁹⁴- La délégation du droit de l'époux de répudier sa femme, est une institution admise par la majorité des courants de droit musulman. Toutefois les dahirites l'attaquent farouchement, Ibn Hazm ADDAHIRI, Almohalla, op.cit

⁹⁵- François Paul BLANC, Le droit musulman, 2^{ème} édition, DALLOZ, 2007, Série connaissance du droit.

⁹⁶- Sourate AL AHAZAB versets numéros 28 et 29 « O ! Prophète Dis à tes épouses : si c'est la vie présente que vous désirez et ses parures, alors venez, je vous donnerai (les moyens) d'en jouir et vous libérerai, mais si s'est Dieux que vous voulez et son prophète ainsi que la demeure dernière, Dieu a préparé pour les bien faisances parmi vous une énorme récompense ».

⁹⁷-Hadith numéro 2696, Sahih Mouslim :

« D'après Aïcha épouse du Prophète, Quand l'envoyé de Dieu reçut de Dieu l'ordre d'offrir à ses femmes de choisir entre rester avec lui, ou les biens de ce monde au lieu de ceux de l'au-delà, il vint me trouver la première et me dit : « je vais t'entretenir d'une =affaire, mais ne te hôte pas de me répondre tant que tu n'auras pas consulté tes parents ». or il savait bien que

En effet Aïcha (épouse du prophète) ordonne à un époux de céder à son épouse, qui n'avait pas exprimé son consentement au mariage, le droit de rompre ou de maintenir le lien conjugal⁹⁸. Le droit positif marocain, notamment l'ancien code de statut personnel, prévoyait ces différentes formes de répudiation consenties à l'épouse sous le vocable mandat⁹⁹ et la jurisprudence¹⁰⁰ l'interprétait, en se référant à la doctrine du rite malékite, comme englobant les trois formes de répudiation consenties à l'épouse par son mari.

Cependant le nouveau code de la famille se limite à énoncer le droit de l'épouse de prononcer la répudiation au cas où un droit d'option lui a été consenti par son mari, or la version du texte en langue arabe fait allusions au « Tamlik ».

Quoi qu'il en soit, et outre cette traduction fâcheuse du texte¹⁰¹, la question qui se trouve posée avec acuité est celle de la validité du

ni mon père, ni ma mère ne m'engageraient à me séparer de lui. Puis, il poursuivit: « Dieu l'exalté a dit: « O prophète: Dis à tes épouses: si c'est la vie présente que vous désirez et ses parures, alors venez, je vous donnerai les moyens d'en jouir et vous libérerai mais, si s'est Dieux que vous voulez et son prophète ainsi que la demeure dernière, Dieu a préparé pour les bien faisantes parmi vous une énorme récompense ». A quoi bon lui répondis- je, consulter mon père et ma mère, puisque c'est Dieu, son prophète et la demeure dernière que je désire ».

⁹⁸- Rajaa NAJI ELMEKKAOU, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

⁹⁹- L'article 44 de l'A C S P

¹⁰⁰- C S, numéro 296 du 15/05/1981 dos chara' numéro 75/02/1/98,

Abdelaziz TOUFIK, Jurisprudence de la cour suprême en matière de statut personnel, éd annajah aljadia, Casablanca, 2002.

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

101- article 89 du code de la famille « si l'époux consent au droit de l'option au divorce de l'épouse, celle-ci peut l'exercer en saisissant le tribunal d'une demande, conformément aux dispositions des articles 79 et 80 ci-dessus.

Le tribunal s'assure que les conditions du droit d'option sur le quels les conjoints se sont mis d'accord, sont réunies et entreprend la tentative de réconciliation entre les époux conformément aux dispositions des articles 81 et 82 ci-dessus.

mandat dans la procédure de divorce et répudiation¹⁰². A notre avis, et même devant l'absence de texte, rien n'interdit qu'un mandataire, représente l'un des époux dans la séance de prononcée de répudiation. Néanmoins il ne faut pas perdre de vue, qu'aucun texte ne dispense les époux de la comparution personnelle lors de la séance de réconciliation¹⁰³.

III. La répudiation moyennant compensation ou « Khol' »

La répudiation moyennant compensation ou khol', est une forme de dissolution du lien conjugal, très connue et enracinée en droit musulman.

Elle est définie comme étant, une sorte de résiliation du contrat de mariage. Une femme a de l'aversion pour son mari, la vie commune lui pèse, sans qu'elle ait pourtant des griefs assez sérieux pour obtenir la dissolution judiciaire, elle demande à son conjoint de consentir la rupture du lieu conjugal et pour obtenir son consentement, lui offre une compensation¹⁰⁴.

La légitimité de cette répudiation se fonde sur le verset coranique ou il est dit « *si donc vous craignez ne pas observer les ordres de Dieu, alors ils ne commettent aucun péché, si la femme se rachète avec quelques biens*¹⁰⁵. »

Il est rapporté aussi par la doctrine du droit musulman que le khol' était répandu à l'époque du prophète. Ainsi on en avait relevé que

Si la conciliation n'aboutit pas le tribunal autorise l'épouse à faire constater l'acte de divorce par deux adouls et statue sur ses droits et le cas échéant, ceux des enfants, conformément aux articles 84 et 85 ci-dessus.

L'époux ne peut révoquer l'exercice par l'épouse de son droit d'option au divorce qu'il lui a consenti ».

102- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

103- Article 82 du N C F

- C.f nos développements qui suivent en deuxième partie.

104- François Paul BLANC, Le droit musulman, op.cit

105- La sourate la Vache, verset numéro 229.

dans des cas où les femmes se plaignent de la vie conjugale sans avoir de reproches à leurs maris, le prophète ordonna à la femme de rendre sa dote à son mari et les séparait¹⁰⁶.

Du fait de ses fondements religieux explicites, le khol' fait l'objet d'une unanimité de la part des différents rites sunnites, cependant sa procédure était controversée.

En effet, on se posait la question en droit musulman, du consentement du mari à la répudiation moyennant compensation, est il une condition indispensable, ou du seul fait de la plainte de la femme, il appartient au juge de décider la séparation et la détermination de la contrepartie¹⁰⁷.

Le législateur marocain optait pour cette forme de répudiation depuis la première réglementation du code de statut personnel¹⁰⁸, la maintenait dans la réforme de 1993 et la reconduit dans le nouveau code de la famille.

106- Hadith numéro 4971, SAHIH ALBOUKARI :

« L'épouse de Tabit Ibn Kays vint trouver le prophète, lui expose son angoisse du fait qu'elle ne pouvait plus supporter de vivre avec son mari, et lui expliqua qu'elle n'a pas de reproches à lui faire, mais elle craint de manquer à ses devoirs et par là de désobéir à Dieu. Le prophète demanda à la dite femme, si elle était prête à rendre à son mari le verger qu'il lui avait donné (dot), elle répondait oui, et ordonna au mari d'accepter le verger et de la répudier.

- Hadith numéro 11842, rapporté par Moncef Abderrazak, Talaq (en arabe), op.cit

- Hadith numéro 39, Daraktani, Annikah, rapporté par Rajaa NAJI ELMEKKAOU, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

107- Pour plus amples informations sur les controverses doctrinales quant à la nature du khol' :

- Rajaa NAJI ELMEKKAOU, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

- IBN ROCHD, BIDAYAT ALMOJTAHID WA NIHAYAT ALMOKTASID, op.cit

- Mohamed ABI ABDILILAH ALKHARCHI, Alkharchi ala mokhtassar acheikh Khalil, dar al kotoub al ilmia, Bayrut, 1997.

108- Les articles 61 et suivants du C S P.

Ainsi on dégage des dispositions du droit marocain régissant la répudiation moyennant compensation, trois règles, d'abord le principe de la répudiation doit être l'objet d'un commun accord des époux¹⁰⁹, ensuite l'inobservation des règles légales encadrant la contrepartie, n'ont aucune incidence sur la validité de la répudiation¹¹⁰, enfin le pouvoir du juge de statuer en évaluant le montant de la contrepartie, en cas de désaccord des poux¹¹¹.

IV. La répudiation pour consentement mutuel

La répudiation pour consentement mutuel des époux, est une des innovations du nouveau code de la famille. Cette nouvelle forme de la répudiation, peu connue de la doctrine du droit musulman, se fonde sur la liberté contractuelle¹¹².

Les partisans de la répudiation pour consentement mutuel, essaient de l'asseoir sur certains versets coraniques¹¹³ d'ordre général incitant à honorer les engagements. Ainsi ils font d'une pierre deux coups, d'une part l'édition d'une voie de divorce en harmonie avec le droit positif européen dont principalement le droit français¹¹⁴, et d'autre part une voie de dissolution de mariage prévue par le droit musulman¹¹⁵.

109- L'article 117 du N C F.

- C S du 04 octobre 2006, dos numéro 143/2/1/2/2006.

- C S du 22 novembre 2006, dos numéro 230/2/1/2006.

Almontaqa min amal alqadae fi tatbiq moudawanat al ousra, numéro 10, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 10 février 2009.

110- Article 120 du N C F.

111- Article 120 du N C F.

112- Notamment l'article 230 du Dahir sur les obligations et contrats, qui est l'homologue de l'article 1134 du code civil français.

113- Entre autres, le verset numéro 1 la sourate AL MAIDA : « ô les croyants! Remplissez fidèlement vos engagements. »

114- Article 229 du code civil français.

115- Pour plus amples informations :

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

Toutefois le code de la famille n'a pas réglementé les détails de cette forme de répudiation, comme l'a fait aux autres formes, et se limite à énoncer la liberté des époux de se mettre d'accord sur le principe de répudiation sans conditions ou avec conditions qui ne peuvent être ni incompatibles avec les dispositions du code de la famille, ni préjudiciant aux droits des enfants¹¹⁶.

En l'absence de plus amples détails législatifs régissant cette nouvelle forme de dissolution du lien conjugal, la jurisprudence ne pourrait en cas de litige, se référer qu'au droit musulman de rite malikite¹¹⁷, ce qui conduirait à la confusion de la répudiation pour consentement mutuelle, à celle moyennant compensation¹¹⁸ ou Khol'.

B. Distinction, la discorde de la répudiation

Pour pallier l'injustice dont souffrait la femme épouse avant l'édition de nouveau code de la famille, le législateur marocain a instauré la procédure dite de discorde, permettant à l'épouse de se libérer du lien de mariage dans les mêmes conditions que le mari et dans les mêmes termes que la répudiation, au point que certains en disent une répudiation accordée à la femme ou répudiation à l'envers.

- Rajaa NAJI ELMEKKAOUI, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

116-L'article 114 du N C F :

« Les époux peuvent se mettre d'accord sur le principe de mettre fin à leur union conjugale, soit sans conditions, soit avec conditions lorsque celles-ci ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent code et ne portent pas préjudice aux intérêts des enfants... ».

- T P I de Marrakech du 12 juin 2007, dos numéro 54/T/2006.

- T P I de Hoceima du 15 juin 2006, dos numéro 22/2006.

Almontaga min amal alqadae fi tatbiq moudawanat al ousra, numéro 10, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 10 février 2009.

¹¹⁷ - L'article 400 du N C F :

« Pour tout ce qui n'a pas été prévu par le présent code, il conviendra de se référer au rite Malékite et à l'effort jurisprudentiel qui tient compte de la concrétisation des valeurs de l'islam en matière de justice, d'égalité et des bons rapports de la vie commune ».

¹¹⁸-Puisque chez les malékites, tout accord entre les époux en vue de la répudiation est un khol' :

- IBN ROCHD, BIDAYAT ALMOJTAHID WA NIHAYAT ALMOKTASID , op.cit

Cependant les rapprochements entre la répudiation et le divorce pour discorde n'empêchent pas qu'elles sont deux institutions distinctes et chacune d'elles ait ses particularités.

Ainsi les différences entre la discorde et la répudiation se manifestent aussi bien sur le plan de la procédure¹¹⁹ que celui des règles de fond.

Les différences de forme entre la répudiation et le divorce pour discorde :

L'examen des dispositions légales régissant la répudiation et le divorce pour discorde, montre que le législateur n'a pas traité ces deux voies de dissolution du lien conjugal de la même façon. En ce sens qu'il a réglementé les formalités procédurales relatives à la répudiation dans le code de la famille, contrairement à celles relatives au divorce pour discorde qui restent soumises au code de procédure civile.

Pour comprendre cette façon de faire du législateur, il faut faire appel à l'histoire de l'institution de la répudiation dans le code de statut personnel, où elle n'était jamais considérée comme une action en justice, mais toujours comme une simple déclaration unilatérale du mari, reçue par les adouls et le seul rapport qu'elle avait avec la justice était l'homologation de l'acte adoulaire, la contenant par le juge des notaires.

L'évolution de cette institution¹²⁰ faisait que les modifications du code de statut personnel de 1993¹²¹, la subordonnait à une autorisation du juge des notaires, et les dispositions du nouveau code de la famille en

¹¹⁹- Khalid ZAHER, Quel accueil en France pour les divorces prononcés au Maghreb, revue Rihab AL Mahakim, numéro 5, année 2010.

¹²⁰- En raison des critiques dont faisait l'objet, notamment la dissolution de l'acte de mariage à l'insu de l'épouse.

¹²¹-L'article 48 du code de statut personnel tel que modifié par la loi n° 1-93-347 du 10 septembre 1993 « la répudiation doit être reçue par deux adouls en fonction dans le ressort territorial de la compétence du juge où se trouve le domicile conjugal.

la répudiation ne sera enregistrée, qu'en la présence simultanée des deux parties et après autorisation du juge... ».

confient la compétence à la formation du tribunal¹²² au même titre que l'action en divorce. Et par voie de conséquence, une réglementation des formalités de la demande d'autorisation de répudiation s'avérait nécessaire.

En effet la première de ces formalités est la détermination du tribunal compétent¹²³ pour rendre l'autorisation de répudiation. Ainsi la compétence est confiée¹²⁴ au tribunal du domicile conjugal, ou celui du domicile de l'épouse ou encore celui du ressort duquel l'acte de mariage a été conclu.

Les mêmes règles de compétence territoriale sont prévues dans le code de procédure civile¹²⁵ pour les actions en divorce dont est compris le divorce pour discorde, avec une petite nuance entre les deux textes qui fait que les dispositions relatives à la compétence territoriale dans le code de la famille oblige l'époux de respecter l'ordre prévu dans ledit article, alors que le texte du code de procédure civile ne contient pas cette expression, ce qui a donné lieu à des interprétations controversées¹²⁶.

Ensuite le code de la famille particularise la répudiation par certaines formalités de notification ayant trait à la protection de l'épouse durant la procédure, alors que toutes les formalités procédurales de l'action en divorce pour discorde sont régies par les dispositions générales du code de procédure civile.

En effet les dispositions de l'article 81 du code de la famille prescrivent la notification personnelle des parties à l'action en

122- L'article 79 du N C F: « Quiconque veut divorcer doit demander au tribunal l'autorisation d'en faire dresser acte par deux adouls... ».

123- Sur le plan de la compétence territoriale, puisque la compétence d'attribution est confiée d'une façon incontestable au tribunal de première instance.

124 -L'article 79 du N C F

125- L'article 212 du C P C

126 - Voir nos développements en deuxième partie de cette thèse.

répudiation, dérogeant ainsi aux règles générales de notification prévues par le code de procédure civile¹²⁷.

A cela s'ajoute une double protection de l'épouse qui reçoit la convocation et ne comparait pas et ne communique pas d'observation par écrit, le tribunal doit la mettre en demeure par l'intermédiaire du ministère public qu'à défaut de comparaître il sera statué sur le dossier¹²⁸. En revanche ces dispositions dérogatoires au droit commun ne sont pas applicables à la procédure de divorce pour discorde.

Enfin les dissemblances entre ces deux voies de rupture du lien de mariage apparaissent au niveau de la formalité de dissolution du lien conjugal. Certes l'action en répudiation comme l'action en divorce pour discorde se termine par une décision de justice contenant la dissolution du mariage. Néanmoins le lien conjugal en matière de répudiation est dissout par l'acte adoulaire de répudiation, contrairement au jugement de divorce pour discorde ayant un effet constitutif¹²⁹ et marquant le point de départ de la rupture du lien conjugal.

I. Les différences de fond entre la répudiation et la discorde

Les distinctions entre la répudiation et le divorce pour discorde se manifestent au niveau des règles de fond régissant chacune de ces deux voies.

Ces différences apparaissent principalement sur le plan de la nature de la dissolution du lien conjugal, d'une part, et de la

127- Notamment les articles 37, 38 et 39 du C P C

128- Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour cause de discorde, op.cit

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

129- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

- Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, le divorce pour cause de discorde, op.cit

responsabilité de l'un des conjoints du fait de la cause de la séparation, d'autre part.

En effet la dissolution du mariage dans le code de la famille peut être révocable ou irrévocable. En ce sens que toute répudiation émanant de l'époux est une répudiation révocable sauf les exceptions énoncées par l'article 123 du dit code¹³⁰, contrairement au divorce prononcé par le tribunal qui est irrévocable¹³¹ à l'exception du divorce pour serment de continence¹³² et pour défaut d'entretien. La révocabilité de la dissolution du mariage consiste dans le droit de l'époux de rétablir le lien conjugal avec son épouse durant le délai de viduité, sans recourir à un nouveau contrat de mariage, ni au consentement de l'épouse¹³³.

Ainsi la répudiation, étant une dissolution du mariage émanant de la seule volonté de l'épouse et quand elle ne rentre pas dans les exceptions limitatives de l'article 123¹³⁴ du code de la famille, est une dissolution révocable. En revanche le divorce pour discorde est toujours une dissolution irrévocable, mettant fin définitivement au lien conjugal, au prononcée du jugement de divorce¹³⁵, et ce même si la cause de discorde est le défaut d'entretien.

130- L'article 123 du N C F.

131 - Selon les termes explicites de l'article 122 du N C F.

132- Le serment de continence est une pratique qui remonte aux sociétés pré islamiques et consistant en le fait que le mari s'abstient d'entretenir toute relation sexuelle avec son épouse, tout en la traitant comme sa propre mère, et s'appelle aussi le serment de dos.

133- Se reporter à nos développements du deuxième chapitre ci après.

134- L'article 123 du N C F dispose que « Tout divorce du fait de l'époux est révocable à l'exception du divorce à la suite de deux précédents divorces successifs, du divorce intervenu avant la consommation du mariage, du divorce par consentement mutuel, du divorce khol' et de celui qui résulte d'un droit d'option consenti par l'époux à son épouse ».

135- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour cause de discorde, op.cit

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

De plus, la répudiation et le divorce pour discorde se distinguent sur le plan de la responsabilité de l'un des époux du fait de la séparation.

Ainsi les dispositions régissant le divorce pour discorde prévoient explicitement l'engagement de la responsabilité du conjoint ayant été la cause de la séparation.

Tandis que le jeu des règles de responsabilité en matière de répudiation est encore timide¹³⁶ du fait des résistances de certains auteurs de droit musulman qui en voient une restriction au droit absolu du mari d'exercer la répudiation.

II.L'avenir de la répudiation au vue de la discorde

Les statistiques¹³⁷ des juridictions familiales, montrent une décroissance continue du nombre de dossiers de répudiation au profit d'une augmentation de plus en plus accrue des demandes de divorce pour discorde.

Cet état de fait se justifie à notre avis par le durcissement législatif dont la répudiation avait fait l'objet par les modifications de 1993 apportées à l'ancien code de statut personnel, ces modifications se trouvent accentuées dans le nouveau code de la famille.

136-Du fait qu'il n'a jamais été question dans le code de statut personnel de répudiation abusive, même les modifications de 1993 apportées audit code, il s'agissait de l'expression « répudiation non justifiée » ou « répudiation sans raison valable (Article 52 bis de l'ancien code de statut personnel.

137 - Les statistiques du ministère de la justice de 2004 à 2010 :

Année	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Nombre des actes de répudiation	26914	29668	7276	7904	27935	24170	22452
Nombre des décisions de divorce pour discorde	7213	--	10313	21328	27441	31085	33564

En effet la réaction aux critiques adressées à la répudiation a abouti à soumettre celle-ci aux mêmes restrictions procédurales que les autres voies de divorce, notamment l'autorisation judiciaire de répudier et la satisfaction préalable à la procédure de réconciliation est désormais devenue d'ordre public. D'autres formalités restrictives sont édictées particulièrement à la procédure de répudiation dont principalement la notification personnelle de l'épouse et la double protection de celle-ci par une mise en demeure au cas où elle ne comparait pas.

A ces restrictions d'ordre législatif, s'ajoutent des raisons inhérentes à la nature même de la répudiation. Ainsi le coût de la procédure de répudiation est plus élevé du fait de la nécessité de l'établissement de l'acte adoulaire¹³⁸ de répudiation, de dépôt¹³⁹ des droits dus à l'épouse et aux enfants à la caisse du tribunal, et du paiement de la pension alimentaire de l'épouse durant le délai de viduité¹⁴⁰.

Sur un autre plan, la jurisprudence étrangère, notamment européenne a toujours eu du mal à reconnaître la répudiation, en ce sens qu'elle la considère portant atteinte au principe d'égalité entre les époux et contraire à l'ordre public.

Ces circonstances déterminent les justiciables à opter pour le divorce pour discorde afin d'éviter la complexité de la procédure de répudiation, et c'est là à notre avis les facteurs favorisant la désuétude de l'institution de répudiation, et qu'aucune raison ne pourrait plus justifier d'y recourir.

138- Notamment les frais des notaires traditionnels (adouls).

139- Dépôt de la somme déterminée par le tribunal, qui doit être préalable à l'obtention de l'autorisation de répudiation (Article 81 du code de la famille).

140- Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour cause de discorde, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

Paragraphe deuxième : Le divorce pour discorde et les voies traditionnelles de divorce

Le divorce pour discorde est institué principalement pour contrecarrer le dilemme dont souffrait l'épouse sous l'égide de l'ancien code de statut personnel, dans le cadre des voies traditionnelles de divorce.

Ainsi le nouveau code de la famille permet à l'épouse de demander le divorce par la procédure de discorde, même en dehors des motifs classiques limitativement déterminés.

Cependant ces motifs classiques survivent toujours dans le nouveau texte ce qui pose la question des rapports entretenus entre les différents modes et le champ d'intervention de chacun de ces modes de dissolution de mariage.

Alors nous examinons ce paragraphe en trois points, dans un premier nous exposons brièvement les différentes voies traditionnelles de divorce, et dans un deuxième, nous traitons les rapports possibles entre ces deux catégories de divorce, avant de consacrer un troisième point à notre appréciation critique.

A. Les différentes voies traditionnelles de divorce

Les voies traditionnelles de divorce sont énumérées par l'article 98 du nouveau code de la famille, sous l'intitulée « *Divorce judiciaire pour d'autres causes* ». Ces voies de divorce se particularisent par le fait qu'elles sont de la seule compétence du juge qui statue après un procès contentieux.

Le droit musulman s'était divisé sur la question de ces modes de dissolution du mariage, en ce sens que certains auteurs¹⁴¹, nient toute attribution du juge en matière divorce « Talaq » qui relève du seul pouvoir du mari.

¹⁴¹ - IBN HAZM ADDAHIRI, ALMOUHALLA, op.cit

Toutefois les rites sunnites dont le rite malékite, principal fondement du droit de la famille marocain, préconisent le droit du juge de statuer sur la demande de divorce en décidant le cas échéant la dissolution du mariage.

Ainsi le législateur marocain, en énumérant ces voies de divorce en donne droit à l'épouse seule, ce qu'il contredit dans les dispositions régissant le divorce pour vices rédhibitoires.

Nous essayons de traiter successivement chacun de ces motifs de divorce.

I. Le divorce pour préjudice

Le divorce pour préjudice était l'une des principales voies de divorce, ouvertes à la femme sous l'égide de l'ancien code de statut personnel.

Elle consiste dans le droit de l'épouse souffrant d'un sevice du fait de son époux de demander au juge de prononcer la désunion. Et se fonde sur plusieurs versets coraniques¹⁴².

L'application jurisprudentielle du divorce pour préjudice donnait lieu à des anomalies qui l'empêchaient d'atteindre ses objectifs¹⁴³.

En effet la jurisprudence sous l'ancien code de statut personnel était très exigeante, aussi bien sur le plan procédural que celui de la qualification du préjudice justifiant le divorce.

142- Verset numéro 231 de la sourate de la Vache: « reprenez les conformément à la bien séance ou libérez les conformément à la bienséance. Et ne les retenez pas pour leur préjudicier... » .

- Verset numéro 233 de la sourate de la Vache : « Nul ne doit supporter plus qu'il le peut ; la mère n'a pas à subir de seices à cause de son fils, ni le père à cause de son fils... ».

- Verset numéro 2 de la sourate Talaq : Divorce « Quand elles atteignent le terme prescrit, retenez les de façon convenable, ou séparez vous de façon convenable... ».

- Verset numéro 6 de la sourate Talaq = Divorce « Faites que elles habitent où vous habitez, selon vos moyens et ne cherchez pas à leur préjudicier... »

¹⁴³- Principalement de permettre à l'épouse de se libérer du lien conjugal dans des conditions normales. Ce qui a fait apparaître l'inégalité flagrante entre les époux.

Ainsi, elle soumettait la preuve du préjudice allégué par l'épouse demanderesse de divorce, aux règles générales de preuve¹⁴⁴, alors qu'il s'agit des faits qui se produisent généralement entre les époux dans un cadre fermé et intime, incompatible avec ledit système de preuve. Et ce en dépit des dispositions de droit musulman de rite malékite, qui allégeait¹⁴⁵ ce système en autorisant le juge à se baser sur les propos d'un certain nombre de personnes, contenus dans un acte adoulaire¹⁴⁶.

Quant au préjudice requis pour justifier la demande de divorce, et en dépit de la généralité des termes du code de statut personnel en la matière, la jurisprudence exigeait que les faits allégués par l'épouse demanderesse impliquent un dissentiment au point que la vie conjugale soit devenue impossible¹⁴⁷. Mais aussi ils ne doivent pas être l'objet d'une réaction du mari à une faute de l'épouse. Une condition que les juridictions de fond devaient chercher, faute de quoi plusieurs décisions ont été censurées par la cour suprême¹⁴⁸.

A cela s'ajoutait la lenteur de la procédure de divorce pour préjudice, en ce sens que la femme demanderesse devait attendre en moyenne entre six à dix ans pour obtenir le divorce¹⁴⁹.

¹⁴⁴- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Rajaa NAJI ELMEKKAoui, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

¹⁴⁵- IBN ACEME disait dans son poème : TOUHFA, qui récapitulait les règles du rite malékite :

Watabota al idraro bichchohodi Aw bisamàin chaàa fi aloujodi

Le préjudice peut être établi par les témoins, ou même par la commune renommée.

¹⁴⁶- Le lafife est l'acte adoulaire dans lequel les adouls reçoivent les propos d'un nombre de personnes fixé généralement à douze personnes.

¹⁴⁷- Un certain nombre de décisions de jurisprudence, Mohamed EL GACHBOUR, op. cit.

¹⁴⁸- Rajaa Naji EL MAKKAoui, La moudawanah, op.cit, p 192.

¹⁴⁹- La moyenne de la durée que nécessitait le traitement d'un dossier de divorce pour sévices par le tribunal de première instance, à y ajouter des durées similaires devant les cours d'appel et la cour suprême :

Soucieux de cet état de fait, le législateur du nouveau code de la famille a allégé certains de ces effets en essayant d'une part d'élargir la notion du préjudice justifiant le divorce et d'autre part de réduire la lenteur de la procédure.

En effet, il définit le préjudice justifiant le divorce comme tout acte ou comportement infamant ou contraire aux bonnes mœurs, émanant de l'époux, portant un dommage matériel ou moral à l'épouse. La mettant dans l'incapacité de maintenir les liens conjugaux.

De surcroît le législateur du nouveau code qualifie tout manquement à l'une des clauses de l'acte de mariage, comme préjudice justifiant le divorce, tout en réduisant le domaine de l'appréciation du juge. Aussi bien de l'existence du préjudice que de son caractère tout à l'image de la clause résolutoire de plein droit prévue par le code des obligations et contrats.

Sur le plan procédural le nouveau code de la famille prévoit deux innovations. Ainsi, pour pallier le problème de la lenteur, il supprime toutes voies de recours contre les décisions prononçant le divorce, et prescrit au tribunal de trancher le litige dans un délai ne dépassant pas

Année	Durée en mois	Année	Durée en mois
1990	32	1995	36
1991	32	1996	26
1992	31	1997	25
1993	28	1998	27
1994	34	1999	27

Rapporté par : Rajaa NAJI ELMEKKAoui, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

six mois¹⁵⁰. D'autre part, il considère l'épouse qui ne parvient pas à prononcer le préjudice allégué, en état de discorde avec son mari¹⁵¹.

II. Le divorce pour défaut d'entretien

Ce mode de dissolution du pacte conjugal se fonde sur le manquement du mari à l'une des principales obligations matérielles, générées par le pacte de mariage, à savoir la pension alimentaire à l'égard de son épouse et ses enfants.

Ladite obligation de la « Nafaqua » trouve ses sources dans plusieurs versets coraniques¹⁵², et est codifiée par le droit de la famille marocain depuis la première édition du code de statut personnel¹⁵³.

En effet le droit musulman¹⁵⁴ permet à l'épouse de motiver sa demande de divorce par le manquement du mari à son devoir d'entretien.

¹⁵⁰- Les articles 113 et 128, du N C F, Néanmoins il s'agit la d'un délai moral dont la transgression n'entraîne aucune sanction.

¹⁵¹- L'alinéa 2 de l'article 100 du N C F « Si l'épouse ne parvient pas à prouver le préjudice mais persiste à demander le divorce judiciaire, elle peut recourir à la procédure prévue en matière de discorde. »

¹⁵²- Verset numéro 233, de la sourate la Vache « ... au père de l'enfant de le nourrir et vêtir de manière convenable. Nul ne doit supporter plus qu'il le peut. La mère ne doit pas subir de dommage à cause de son fils ni le père à cause de son fils... ».

¹⁵³- L'article 115 du code de statut personnel de 1957 qui disposait « Toute personne subvient à ses besoins par ses propres ressources, à l'exception de l'épouse, dont l'entretien incombe à son époux ».

Les mêmes dispositions sont reproduites dans le nouveau code de la famille, article 194 dudit code.

¹⁵⁴- Principalement les rites, malékite, hanbalite et chafite qui se fondent sur le verset coranique « Ne les retenez pas pour leur préjudicier... », et sur le hadith « Nul préjudice pour soi, ni pour autrui » : La darara wa la dirar

Toutefois les rites hanafite et dahirite, interdisent ce mode de dissolution de mariage.

- Mohamed ABOUZAHERA, ALAHWAL ACHCHAKHSIA, Dar al fikr alarabi, 1957

- Omar ABDELLAH, AHKAM ACHCHARIAA AL ISLAMIA FI AL AHWAL ACHCHAKHSIA, 1963, dar almaarif.

- Mohamed Mustafa CHALABI, AHKAM AL OSRA FI AL ISLAM, matbaat dar annahda al arabia, 1977, Bayrut.

Le nouveau code de la famille reconduit cette voie de divorce déjà prévue dans l'ancien code de statut personnel sans y apporter de grandes modifications.

Ainsi le juge doit prononcer le divorce pour défaut d'entretien, dans tous le cas où le mari manque à l'égard de son épouse au paiement de la pension alimentaire due et exigible¹⁵⁵, et ne dispose pas de biens permettant de couvrir la créance. Néanmoins si l'époux dispose de biens, le tribunal ne prononce pas le divorce, mais doit décider du moyen d'exécution de la pension alimentaire¹⁵⁶.

Dans le cas où l'époux établit son indigence, le juge lui impartit un délai ne dépassant pas trente jours¹⁵⁷, pour assurer son obligation d'entretien à l'égard de son épouse, faute de quoi le divorce est prononcé.

Généralement les épouses n'empruntent pas la voie de divorce pour défaut d'entretien, à cause d'une double procédure qu'elle nécessite. En ce sens qu'avant de demander le divorce pour défaut d'entretien, il faut auparavant satisfaire aux formalités de preuve que sont un jugement condamnant l'époux au paiement de la pension alimentaire, et les démarches de son exécution restée infructueuse¹⁵⁸.

- IBN ROCHD, BIDAYAT AL MOJTAHID WA NIHAYAT AL MOQTASSID, op.cit

¹⁵⁵ - Ce qui suppose un titre exécutoire, qui est généralement un jug¹⁵⁵ - Trois mois sous l'égide de l'A C S P

¹⁵⁵ - Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

¹⁵⁵ - L'article 122 du N C F.

¹⁵⁶ - L'article 102 du N C F

¹⁵⁷ - Trois mois sous l'égide de l'A C S P

¹⁵⁸ - Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

La dissolution du lien conjugal, au quelle la procédure de divorce pour défaut d'entretien, donne lieu est révocable¹⁵⁹, ce qui permet au mari de reprendre son épouse, sans recourir à un nouveau contrat de mariage.

III. Le divorce pour absence du mari

Parmi les obligations réciproques entre les époux est la cohabitation¹⁶⁰, le quel devoir ne se vérifie que si les deux époux vivent sous le même toit.

La violation par le mari¹⁶¹ de ce devoir de cohabitation par une absence, non justifiée d'une durée déterminée, permet à l'épouse qui en subisse un préjudice, de demander en justice le divorce pour absence du mari¹⁶².

Le nouveau code de la famille prévoit la dissolution du mariage pour la seule absence du mari pour une durée excédant une année, contrairement à ce qui exigeait l'ancien code de statut personnel, que ladite absence, pour motiver la demande de divorce, doit être injustifiée, et qu'elle cause un préjudice à l'épouse¹⁶³.

A l'absence du mari, les nouvelles dispositions assimilent sa détention pour une peine de réclusion ou d'emprisonnement.

En effet la procédure de divorce pour absence du mari, diffère selon que ce dernier s'absente dans un endroit connu, auquel cas le tribunal ne prononce le divorce qu'après lui avoir notifié la demande de

¹⁵⁹ - L'article 122 du N C F

¹⁶⁰ - L'article 51 du N C F

¹⁶¹ - Est une voie de divorce ouverte à la seule épouse et le mari dispose toujours de la voie de répudiation.

¹⁶² - Particulièrement le rite malékite.

- Mohamed ABOUZAHRA, ALAHWAL ACHCHAKHSIA, Dar al fikr alarabi, 1957

¹⁶³ - l'article 57 de l'A C S P.

- Mohamed ELGACHBOUR, Traité de statut personnel, op.cit.

- Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, éd walili, Marrakech, 1996.

son épouse tendant au divorce et surtout l'avoir avisé du fait que s'il ne met pas fin à son absence, le divorce sera prononcé.

Dans le cas où l'adresse du mari absent est inconnue le tribunal engage, avec le concours du ministère public, les procédures qu'il juge utile pour lui faire notifier la requête de l'épouse, y compris la désignation d'un curateur. A défaut de comparution, le divorce est prononcé.

De surcroît l'épouse peut se fonder sur la détention de son mari pour demander le divorce pour absence, soit après une année de détention, s'il purge une peine de réclusion ou d'emprisonnement supérieure à trois ans, soit après deux ans de détention dans les autres cas, notamment la détention préventive de l'époux de plus de deux ans.

IV. Le divorce pour vices rédhibitoires

Le divorce pour vice rédhibitoire est un droit accordé à l'un des époux, découvrant un vice rédhibitoire chez son conjoint de demander à la justice de prononcer la dissolution du lien de mariage. Ce mode de dissolution du pacte conjugal est admis par les différents rites sunnites de droit musulman¹⁶⁴.

En effet le nouveau code de la famille, reproduit cette institution déjà prévue par l'ancien code de statut personnel, néanmoins le nouveau texte accorde le droit de divorce, sur la base du vice rédhibitoire, à l'époux comme à l'épouse contrairement à l'ancien code qui invitait le mari à user de son droit de répudiation, au cas où son épouse souffre de vice rédhibitoire¹⁶⁵.

Ainsi et aux termes des articles 107 à 111 du nouveau code de la famille, le divorce pour vice rédhibitoire peut être prononcé dans deux cas :

¹⁶⁴ - Les quatre principaux rites sunnites que sont les malékites, les chaféites, les hanafites et les hanbalites.

¹⁶⁵ - L'article 54 de l'A C S P

le vice empêchant les rapports conjugaux.

Les maladies constituant un danger pour la vie de l'autre époux ou pour sa santé, et dont on ne peut pas espérer la guérison dans le délai d'une année.

Toutefois la demande de divorce pour vice rédhibitoire, n'est pas recevable, si le demandeur a pris connaissance du vice avant ou lors de la conclusion du mariage, ou encore, l'a accepté expressément ou tacitement, après qu'il ait pris connaissance du caractère incurable du vice.

La preuve du vice empêchant les rapports conjugaux, ou maladie dangereuse, doit se faire par avis de spécialistes.

Le divorce pour vice rédhibitoire se répercute sur le Sadaq. Ainsi le mari qui découvre un vice chez son épouse, après la conclusion du mariage et avant sa consommation n'est tenu à aucun Sadaq, mais si le vice n'est découvert qu'après la consommation du mariage, il peut réclamer la restitution de ce qu'il a versé, notamment si le vice a été sciemment caché¹⁶⁶.

V. Le divorce pour serment de continence ou délaissement

Le divorce pour serment de continence puise sa source, dans une pratique qui remonte à des sociétés préislamiques. Qui consiste dans

¹⁶⁶ - L'article 109 du N C F, pour plus amples développements sur la question.

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

« serment de dos » par le quel l'époux comparait son épouse à sa propre mère¹⁶⁷.

Toutefois la législation islamique a mis fin¹⁶⁸ à cette pratique tout en limitant la durée de délaissement à quatre mois¹⁶⁹, au cours de la quelle, si le mari ne reprend pas les rapports intimes avec son épouse, le divorce est prononcé.

Le divorce pour délaissement ou serment de continence, enraciné en droit musulman, fait l'objet de l'unanimité des rites fondateurs dudit droit¹⁷⁰.

Tout à l'image du droit musulman, le nouveau code de la famille, reconduit les mêmes dispositions de l'ancien code de statut personnel¹⁷¹, qui donnent droit à l'épouse, à l'égard du quelle, le mari fait serment de continence, ou arrête d'entretenir les rapports intimes, de saisir le tribunal, qui impartit à l'époux un délai de quatre mois, passé ce

¹⁶⁷ - Rajaa NAJI ELMEKKAOUI, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit.

¹⁶⁸ - La sourate ALMOJADALA, versets 1 à 4 « Dieu a bien entendu la parole de celle qui discutait avec toi a propos de son époux et se plaignait à Dieu. Et Dieu entendait votre conversation, car Dieu est audient et clairvoyant. Ceux d'entre vous qui répudient leurs femmes en déclarant qu'elles sont pour eux comme le dos de leurs mères....alors qu'elles ne sont nullement leurs mères, car ils n'ont pour mères que celles qui les ont enfantés. Ils prononcent certes une parole blâmable et mensongère. Dieu cependant est indulgent et pardonneur. Ceux qui comparent leurs femmes au dos de leurs mères puis reviennent sur ce qu'ils ont dit, doivent affranchir une esclave, avant d'avoir aucun contact conjugal avec leur femme. C'est ce dont on vous exhorte. Et Dieu est parfaitement connaisseur de ce que vous faites, mais celui qui n'en trouve pas les moyens doit jeûner alors deux mois consécutifs avant d'avoir aucun contact avec sa femme. Mais s'il ne peut le faire non plus, alors qu'il nourrisse soixante pauvres. Cela pour que vous croyez en Dieu et en son messager. Voilà les limites imposées par Dieu. Et les mécréants auront un châtiment douloureux. »

¹⁶⁹ - Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op. cit.

¹⁷⁰ - Du fait qu'il se fonde sur plusieurs versets coraniques dont principalement le verset numéro 226 de la sourate la Vache, « pour ceux qui font le serment de se priver de leur femmes, il y a un délai d'attente de quatre mois. Et s'ils reviennent (de leur serment) celui-ci sera annulé. Dieu est certes pardonneur et miséricordieux. »

¹⁷¹ - L'article 112 du N C F, homologue de l'article 58 de l'A C S P

délai sans que l'époux revienne sur sa position, le divorce pouvait être prononcé par le juge à la demande de l'épouse.

Toutefois, et même s'il s'agit là d'un mode de dissolution du mariage à la portée de l'épouse seule, il reste une hypothèse théorique, très difficile à prouver.

B. Les rapports entre la discorde et les voies traditionnelles de divorce

Le législateur du nouveau code de la famille, prévoit d'une façon simultanée, les voies de divorces traditionnelles dont les griefs sont limitativement déterminés, et le divorce pour discorde sans aucune précision de motifs.

La coexistence de ces deux catégories de divorce, pose la question du rapport entre elles, et la réponse à cette question contribuera à se prononcer sur la nature de la discorde au regard des autres voies de divorce.

L'interprétation juridique de cette position du législateur permet d'en déduire deux conceptions de la voie de la discorde dans son rapport avec les modes classiques de divorce, l'une la concevant comme une voie de divorce alternative au quelle recourt principalement l'épouse pour se défaire du lien conjugal, tout en évitant les anomalies¹⁷² des voies traditionnelles, l'autre, au contraire, en fait une voie facultative ne pouvant opérer qu'en dehors des motifs prévus pour les voies traditionnelles.

La question du rapport entre la discorde et les autres voies de divorce n'a pas été débattue ni par la doctrine, ni par la jurisprudence¹⁷³, lesquelles sont unanimes, du moins dans l'état actuel des choses, à considérer la voie de divorce pour discorde comme une voie alternative ouverte à la femme pour rétablir l'égalité au sein du couple. Ce

¹⁷²- Les anomalies dont souffrait l'épouse, notamment les difficultés de preuve, du motif de divorce et des retards liés à la lenteur de la procédure.

¹⁷³- Sauf quelques cas très rares.

raisonnement se justifie généralement par des considérations autres que textuelles¹⁷⁴.

A la lumière des dispositions légales régissant l'une et l'autre de ces deux catégories de divorce, nous essayons d'examiner les arguments de discorde comme voie de divorce facultative dans un premier point et ceux de la discorde, voie de divorce, alternative dans un second point.

I. La discorde, voie de divorce facultative

Les arguments fondant le caractère facultatif de la voie de divorce pour discorde, partent de l'indépendance des modes classiques de divorce. En ce sens que les deux catégories opèrent dans le même champ, qui est le droit de l'épouse de demander la dissolution du lien conjugal, et soutenir le caractère autre que facultatif de la discorde impliquerait l'anéantissement des dites voies traditionnelles.

Le maintien des différentes voies¹⁷⁵ par le nouveau code de la famille milite pour la mise en valeur de ces voies traditionnelles, d'autant plus qu'il les a modifiées et complétées dans le sens de les assouplir¹⁷⁶ et pallier les anomalies de l'ancien code, ce qui serait incompatible avec toute interprétation menant à leur effacement.

De plus le législateur use des formulations qui font de ces motifs classiques des voies de divorces à part entière au même rang que le

¹⁷⁴ - Le droit de la famille en général et le divorce pour discorde plus particulièrement, est entouré d'une sacralité tirée principalement, du discours royal dont le nouveau code a fait l'objet, mais aussi adopté comme préambule du nouveau code. Le dit discours s'arrêtait sur le renforcement de l'égalité et l'équité entre les deux conjoints.

Discours royal par lequel le commandeur des croyants a annoncé la fin des travaux préparatoires du projet du nouveau code.

¹⁷⁵ - Les voies de divorce qui étaient en vigueur sous l'égide de l'ancien code de statut personnel, en parallèle avec la voie de divorce pour discorde.

¹⁷⁶ - Notamment la preuve du divorce pour préjudice qui peut être apportée par tous moyens de preuve, et l'absence du mari qui justifie le divorce, abstraction faite de la cause de l'absence.

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

divorce pour discorde. Or si le législateur voulait que ces motifs servent de bases à la procédure de discorde, il les aurait simplement indiquées à titre d'exemple dans le cadre de la voie générale de divorce pour discorde.

Le renvoi par les dispositions de l'article 100, à la procédure de discorde dans le cas où l'épouse ne parvient pas à prouver le préjudice allégué, dans le cadre de divorce pour préjudice, milite pour l'indépendance de cette voie, dans le sens où l'épouse se plaignant du préjudice, ne peut emprunter la procédure de discorde qu'après avoir vainement tenté de divorcer pour préjudice et ne parvient pas à l'établir.

Alors le recours de l'épouse à la procédure de discorde est une permission légale instituant une option facultative qui n'est ouverte que si l'épouse ne parvient pas à établir le sévice allégué. Cette disposition législative n'aurait pas une raison d'être si l'épouse avait juridiquement le choix d'initier la procédure de discorde sur la base du préjudice sans passer par la voie de divorce pour préjudice.

Appliquant ce raisonnement aux autres voies traditionnelles que sont le divorce pour absence du mari, vices rédhibitoires, défaut d'entretien et pour délaissement, la conclusion ne peut être que l'interdiction d'user de l'un des motifs classiques de divorce dans la procédure de discorde, en l'absence d'une disposition y renvoyant comparable à celle du divorce pour préjudice.

A cela s'ajoute un argument d'ordre historique, en ce sens que les dites voies sont réglementées par le droit musulman¹⁷⁷ dans les moindres détails, notamment l'établissement par l'épouse du grief de divorce, ce qui ne convient pas avec la pratique actuelle du divorce pour discorde¹⁷⁸.

177- Les cinq voies traditionnelles de divorce ouvertes à l'épouse et reconnues par les quatre rites sunnites de droit musulman, bénéficient d'une réglementation détaillée par les jurisconsultes de droit musulman, cette réglementation est érigée en principes auxquels on ne peut pas déroger.

178- Dans le sens que la jurisprudence n'exige aucune preuve du grief de divorce dans le cadre de la procédure de discorde.

Ainsi le divorce pour vice rédhibitoire suppose la preuve de l'existence du vice chez le conjoint et que ledit vice revête les caractères d'un vice rédhibitoire justifiant le divorce. La même exigence de preuve se pose dans les motifs classiques de divorce, ce qui est incompatible avec la procédure de discorde.

La même incompatibilité se vérifie au niveau des effets de la dissolution du mariage. Ainsi le divorce pour discorde implique nécessairement et d'office la détermination des droits dus à l'épouse, or dans la procédure de divorce pour vice rédhibitoire, l'époux demandeur n'est tenu à aucune obligation matérielle y compris la dote¹⁷⁹.

Dans le même ordre d'idées, la désunion pour défaut d'entretien et pour serment de continence, est de nature révocable, contrairement aux autres dissolutions prononcées par le tribunal, ce qui posera le problème de ces divorces prononcés dans le cadre de la procédure de discorde.

II. La discorde, voie de divorce alternative

Les arguments pour une telle position qui fait de la discorde une voie de divorce alternative, se divisent en deux sortes, d'une part des arguments d'ordre juridique, d'autre part des justifications se fondant sur l'esprit du nouveau texte.

En effet les arguments juridiques se sont tirés de l'interprétation des dispositions réglementant l'une ou l'autre des deux catégories de divorce. Ainsi et aux termes des dispositions régissant le divorce pour discorde, toute sorte de conflits, de dissension peuvent constituer fondement de divorce pour discorde du seul fait de la persistance du demandeur au divorce¹⁸⁰. Or comment peut on admettre le divorce pour

¹⁷⁹- L'article 109 du N C F.

¹⁸⁰- L'article 97 du N C F

- Rajaa NAJI ELMEKKAOUI, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

- Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour cause de discorde, op.cit

discorde sur la base d'un simple conflit, et le refuser pour un motif qualifié par le législateur lui-même justifiant le divorce comme le défaut d'entretien ou le vice rédhibitoire. Certes c'est là un motif prévu pour une autre voie de divorce que la discorde. Mais les deux voies mènent à un même objectif qui est le divorce.

Cette analyse est confortée par la disposition législative de l'article 100, invitant l'épouse ne parvenant pas à établir le préjudice, à recourir à la procédure de discorde, en ce sens qu'il s'agit là d'une indication législative, que la procédure de discorde est ouverte quelque soit le motif invoqué pour mettre fin au lien conjugal.

De surcroît, le grief motivant la demande de divorce pour discorde, est conçu comme une cause de dissension et de conflit ayant abouti à la discorde, et on applique les règles de la procédure de divorce pour discorde et non celles du mode de divorce dont les faits invoqués constituent un motif particulier, car le conjoint demandeur a choisi le cadre procédural de sa demande et le tribunal n'ayant pas à le changer¹⁸¹.

Ainsi le tribunal ayant à statuer sur la demande d'une épouse, tendant au divorce pour discorde et se fondant sur le préjudice ou le défaut d'entretien, ne peut pas appliquer d'office les règles régissant le divorce pour préjudice ou pour défaut d'entretien, car il est tenu des demandes des parties. Sur un autre plan, la raison d'être de l'édition de la nouvelle voie de divorce pour discorde est de permettre à l'épouse de se libérer du lien conjugal dans des conditions autres que celles pratiquées sous l'égide de l'ancien code de statut personnel, dont les voies traditionnelles étaient les seules ouvertes à l'épouse, et par voie de conséquence celle-ci en est une alternative.

C.Appréciation critique

Le caractère général et souple des griefs justifiant le divorce pour discorde, et les anomalies liées aux voies traditionnelles de divorce, justifient les statistiques des juridictions familiales, faisant état de la

¹⁸¹ - L'article 3 du C P C, interdisant au tribunal de changer la cause de la demande.

baisse continue des demandes de divorce se fondant sur les motifs classiques, et la croissance considérable des divorces pour discorde¹⁸².

En effet ce résultat est tout à fait évident à la lumière de la démarche du législateur du nouveau code de la famille, la quelle consistant dans le maintien injustifié¹⁸³ des voies traditionnelles, simultanément avec la voie générale de divorce pour discorde, d'une façon faisant que cette dernière est une voie alternative de divorce accordant à l'épouse le droit de se débarrasser d'un rapport conjugal qu'elle ne veut plus¹⁸⁴ mais aussi une voie facultative ne pouvant agir dans le domaine des voies classiques de divorce.

Cependant ces deux solutions sont juridiquement inconciliables, et le législateur aurait opté pour une seule position, et ce en définissant les rapports entre la nouvelle voie de divorce et les autres modes de dissolution de mariage, tout en déterminant avec précision les formalités de réconciliation judiciaire qui doivent être les mêmes à toutes les voies de divorces en évitant ainsi toute confusion entre la procédure de

¹⁸² - Le nombre des décisions de divorce pour les motifs traditionnels est passé de 6337 en 2003 à 896 décisions de divorces ainsi comme l'illustre le tableau suivant :

Divorce pour	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Discorde	--	10313	5847	24854	32331	29404
Préjudice	--	1361	141	331	247	181
Défaut d'entretien	--	1086	1086	556	445	234
Absence du mari	--	1943	132	1656	1263	943
Vice rédhibitoire	--	22	01	20	62	51
Serment de continence	--	66	17	24	15	04

Les statistiques publiées par le ministère de la justice.

¹⁸³ - Injustifié sur le plan juridique, puisque la voie de divorce pour discorde peut satisfaire et englober toutes les demandes de divorce y compris celles entrant dans le champ des motifs traditionnels.

¹⁸⁴ - Khalid ZAHER, Quel accueil en France pour les divorces prononcés au Maghreb, revue RIHAB AL MAHAKM, n°5, Op cit.

divorce et la formalité de réconciliation. Car à la lecture des dispositions réglementant la discorde, on constate qu'il y est question d'une demande de règlement de différend et de réconciliation « *si les époux ou l'un d'entre eux, demande au tribunal de régler un différend les opposant et qui risquerait d'aboutir à la discorde* »¹⁸⁵, et le tribunal prendrait toutes les démarches pour régler le litige « *il incombe au tribunal d'entreprendre toutes les tentatives en vue de leur réconciliation* ». Toutefois ces dispositions sont étranges sur un double plan, d'une part la procédure de réconciliation ne devraient pas être l'objet de la demande des parties¹⁸⁶, et doit être l'objet d'une formalité qui se déclenche d'office et précédant toutes décisions de dissolution de mariage, d'autre part, la décision de divorce ne doit pas être prise d'office par le tribunal du seul fait de la non réconciliation des époux¹⁸⁷.

De plus la démarche du législateur ayant débouché sur une discordance entre l'état du texte et celui de la réalité juridictionnelle, ne peut s'expliquer par les considérations d'ordre juridique, dans le sens qu'aucun intérêt juridique ne justifie le maintien des modes traditionnels de divorce, car il était clair dès le départ que le divorce pour discorde aura un effet d'absorption sur les autres voies. Alors d'autres desseins pourraient être à l'origine de leur maintien formel dans le nouveau code.

A notre avis cela ne peut se comprendre que dans le cadre d'un consensus entre les différentes sensibilités composant la commission royale chargée de préparer le projet du nouveau code de la famille.

En effet pour réaliser ce consensus, les différents membres de la commission royale, ont opté pour la reproduction des voies de divorce unanimement reconnues par les différents rites fondateurs de droit

¹⁸⁵ - Les dispositions de l'article 94 du N C F

¹⁸⁶ - Notamment que le système judiciaire marocain n'est pas habitué à des demandes de règlement de différends entre les époux, ce qui peut être l'objet des demandes de médiation à des organismes parajudiciaires.

- Rajaa NAJI ELMEKKAOUI, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

¹⁸⁷ - L'article 97 du N C F « en cas d'impossibilité de réconciliation et lorsque la discorde persiste, le tribunal en dresse procès verbal, prononce le divorce... »

musulman, mais aussi, ont inventé la voie de discorde comme une simple procédure de réconciliation des époux et ne débouchant sur le divorce qu'indirectement. Satisfaisant ainsi aux milieux conservateurs et aux associations défendant le droit de la femme de se libérer du lien conjugal loin des dilemmes de l'ancien code de statut personnel.

Toutefois, si l'état actuel des textes a réussi à réaliser le consensus des différentes sensibilités de la commission royale, il ne l'a pas fait quant aux objectifs que devrait se fixer le nouveau code de la famille, à savoir la protection de l'intégrité de la famille, ce qui ne peut se faire que par des procédures unifiées et claires, loin de tout consensus, qui ne peut mener qu'à la banalisation du pacte conjugal.

Le divorce pour discorde ayant un fondement fort, est conçu par le législateur marocain pour répondre à la question de l'égalité des époux quant à la question de dissolution du lien conjugal tant critiqué.

Cependant la façon de réglementer cette nouvelle procédure à un effet d'anéantissement sur les autres voies de dissolution du mariage. Sur un autre plan, la réglementation de la nouvelle procédure ne manque pas d'avoir des effets néfastes sur la stabilité familiale.

CHAPITRE SECOND : LES CAS DE DISCORDE LÉGALEMENT PRÉSUMÉE

L'auteur du nouveau texte, essayant d'éviter les anomalies dont souffrait l'épouse sous l'ancienne législation, prévoit des renvois à la procédure de discorde.

En effet le nouveau code de la famille prévoit cinq renvois à la procédure de discorde, à chaque fois que l'épouse se trouve être dans une impasse juridique ou procédurale.

Ainsi pour pallier certains problèmes d'ordre juridique ou procédural, notamment de polygamie, de Rijàa ou de preuve du préjudice, le législateur renvoi l'épouse à la procédure de discorde pour relever l'abus dont elle était souvent l'objet et est au cœur des revendications tendant à la révision de l'ancien code de statut personnel.

Ainsi l'étude des renvois législatifs à la procédure de discorde sera faite en deux sections comme suit :

- ✓Section première : La discorde, consécutive à la violation des obligations conjugales.
- ✓Section seconde : La discorde résultant d'un désaccord entre les époux

SECTION PREMIÈRE : LA DISCORDE, CONSÉCUTIVE À LA VIOLATION DES OBLIGATIONS CONJUGALES

Le mariage légalement accompli, produit tous ses effets, particulièrement entre les époux.

Les principaux effets engendrés par l'institution du mariage, sont les droits et devoirs réciproques entre conjoints.

La notion des devoirs conjugaux, fondée principalement, sous l'égide de l'ancien code de statut personnel, sur le droit musulman, est revue dans le nouveau code de la famille.

L'une des nouveautés de l'actuel code, est la sanction de la violation des devoirs conjugaux par l'un des époux.

En effet, le conjoint qui se considère lésé dans ses droits conjugaux, prévus par le nouveau texte, peut, pour cette raison, dans le cadre de la procédure de discorde, demander la dissolution de l'acte de mariage.

Ainsi pour appréhender l'évolution des droits et devoirs réciproques entre conjoints, et leur sanction, nous divisons cette section en deux paragraphes, le premier aura pour objet, la conception des obligations conjugales sous l'ancien code de statut personnel et dans un second nous examinons, la discorde, sanction légale d'inobservation des obligations conjugales, sous le nouveau code.

Paragraphe premier: La conception des obligations conjugales, sous le code de statut personnel

L'acte de mariage légalement formé sous l'ancien code de statut personnel, produit ses effets, et plus particulièrement les droits et devoirs entre les époux.

Toutefois, ces droits et devoirs, n'étaient pas conçus de la même façon pour les deux époux, en ce sens que chacun d'eux avait des droits et devoirs distincts de l'autre.

Nous verrons dans un premier point le contenu des droits et devoirs des époux énoncés par l'ancien code de statut personnel, et dans un second point nous analyserons la portée des obligations conjugales sous l'ancien code de statut personnel.

A. Le contenu des obligations conjugales sous l'ancien code

L'ancienne législation de la famille marocaine prévoit les droits et devoirs réciproques entre les époux comme principaux effets de l'acte de mariage.

En effet, l'article 33 de l'ancien code de statut personnel énonçait que « le mariage valable et régulier, produit tous ses effets et donne naissance aux droits et devoirs réciproques entre les époux ».

Ainsi ledit code distinguait les droits et devoirs réciproques entre les époux, des obligations de chacun des conjoints à l'égard de l'autre.

Alors, avant d'examiner les devoirs légaux de chacune des parties, du rapport conjugal, à l'égard de l'autre, nous exposons les devoirs qui leur étaient communs.

I. Les droits et devoirs communs aux époux

Les dispositions de l'ancien code de statut personnel, consacraient cette catégorie de droits et devoirs dans l'article 34¹⁸⁸.

Les droits et devoirs réciproques entre conjoints sous l'ancienne législation, se divisent en deux volets, d'une part les obligations objet

¹⁸⁸ - L'article 34 de l'ancien code de statut personnel disposait que : « Les droits et devoirs réciproques entre époux sont :

- La cohabitation ;
- Les bons rapports, Le respect et l'affection mutuels, ainsi que la sauvegarde des intérêts moraux et matériels de famille ;
- Les droits de succession ;
- Les droits de la famille, tels que le rattachement aux époux des enfants nés du mariage et la création d'une parenté par alliance. »

des rapports entre les époux que sont la cohabitation, les bons rapports et le respect mutuel, et d'autre part celles qui naissent de plein droit du fait du mariage, à savoir les droits de succession et de famille.

En effet la cohabitation légale générée par la consommation du mariage, consiste en l'habitation des deux époux sous un même toit¹⁸⁹. Elle est une source de procréation, et une obligation charnière autour de laquelle viennent s'articuler les autres obligations conjugales¹⁹⁰.

Ainsi le devoir de cohabitation s'imposait à l'épouse comme au mari, mais c'est à ce dernier de déterminer en toute liberté le domicile conjugal, selon ses moyens¹⁹¹, et l'épouse ne peut pas refuser d'y habiter et doit suivre son conjoint¹⁹², là où il s'installe et peut l'y obliger manu militari¹⁹³.

Cependant la femme peut insérer dans l'acte de mariage des clauses relatives au domicile conjugal, auquel cas le mari se trouve être tenu par ces clauses dans le choix dudit domicile¹⁹⁴.

De surcroît l'habitation des deux époux dans un même domicile, exige d'eux un respect mutuel, ce qui ne peut être atteint que par le maintien des bons rapports entre eux. Et chacun d'eux doit s'abstenir de tous sévices à l'égard de l'autre.

Ainsi chacun des conjoints doit déployer tous les moyens pour faire régner un climat familial où règnent la quiétude et la bienveillance

¹⁸⁹ - François Paul BLANC, Le droit musulman, op.cit

¹⁹⁰ - Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op.cit

¹⁹¹ - Mohamed ELGACHBOUR, Traité de statut personnel, éd annajah aljadida, Casablanca, 2001.

¹⁹² - Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op.cit

- Mohammed Mahmoud SALAMA, Le mariage en droit musulman, thèse, édition Firmin et Montane, Montpellier, 1923.

- François Paul Blanc, Le droit musulman, op.cit

¹⁹³ - François Paul BLANC, Le droit musulman, op.cit

¹⁹⁴ - François Paul BLANC, Le droit musulman, op.cit

- Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op.cit

mutuelle, faisant ainsi préserver les intérêts moraux et matériels de la famille.

Quant à l'autre volet des droits réciproques entre les époux et naissant directement du lien conjugal, il faut relever que la qualité de l'époux, attribue au conjoint survivant un droit héréditaire dans la succession du prémourant¹⁹⁵, et ce en dépit de la séparation totale des patrimoines des époux durant le mariage¹⁹⁶.

Le lien conjugal est la cause directe de la successibilité entre les époux, et la part héréditaire du conjoint survivant est prédéterminée selon la disposition coranique, et pourvu qu'il n'y a pas d'empêchement à la succession¹⁹⁷.

Ainsi le mari survivant hérite la moitié de l'héritage de son épouse, si celle-ci est décédée sans descendant, cette part est ramenée au quart de la succession si la défunte a eu des enfants. En revanche la part de l'épouse est le quart de l'héritage de son mari défunt si celui-ci est décédé sans postérité, et sa quote-part est ramenée au huitième si son conjoint défunt aurait un ou plusieurs descendants¹⁹⁸.

En fin, d'autres effets réciproques entre époux, sont générés par le lien conjugal, tels que la filiation des enfants nés du mariage, et l'établissement de la parenté par alliance principalement entre les conjoints, mais aussi entre leurs familles¹⁹⁹.

¹⁹⁵ - Ce droit héréditaire puise son fondement dans le verset coranique numéro 12 de la sourate des Femmes qui dispose « Et à vous la moitié de ce que laissent vos épouses, si elles n'ont pas d'enfants. Si elles ont un enfant, alors à vous le quart de ce qu'elles laissent, après exécution du testament qu'elles auraient fait ou paiement d'une dette. Et à elles un quart de ce que vous laissez, si vous n'avez pas d'enfant. Mais si vous avez un enfant, à elles alors le huitième de ce que vous laissez après exécution du testament que vous auriez fait ou paiement d'une dette »

¹⁹⁶ - Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op.cit

¹⁹⁷ - Les empêchements à la succession énumérés par l'art. 228 du C S P.

¹⁹⁸ - Le verset coranique numéro 12 de la sourate des Femmes précitée.

¹⁹⁹ - Tels que les empêchements de mariage.

II. Les droits de l'épouse à l'égard de son mari

Les droits de l'épouse à l'égard de son mari, sont l'autre revers des devoirs de ce dernier. Ainsi le mari est seul tenu de l'entretien de son épouse²⁰⁰, laquelle n'a aucune obligation pécuniaire à l'égard de son mari²⁰¹.

Le droit de l'épouse à l'entretien comprend, sa nourriture, son habillement, et s'étend à toutes les nécessités, mais aussi selon les moyens du mari²⁰². Tous les rites fondateurs du droit musulman s'accordent sur cette disposition d'origine coranique²⁰³.

Néanmoins ces écoles ne sont pas unanimes sur le point de départ de cette obligation du mari, ainsi pour les hanafites « *le mari quoique pauvre, malade, impuissant ou trop jeune pour remplir le devoir conjugal, est obligé de pourvoir à l'entretien de sa femme, pauvre ou riche, musulmane ou non musulmane avancé en âge ou jeune, pourvu qu'elle soit en état de satisfaire aux devoirs conjugaux ou de se faire désirer. Cette obligation doit commencer à partir de la conclusion de l'acte quand le mariage est valable*²⁰⁴. »

Tandis que pour les malékites le droit de l'épouse à l'entretien, ne commence qu'à partir de la consommation du mariage²⁰⁵.

²⁰⁰ - Article 138 du N C F.

- Mohamed ELGACHBOUR, Traité de statut personnel, op.cit

²⁰¹ - Sauf en cas d'indigence du mari, et l'existence d'enfant, l'épouse, doit subvenir à l'entretien de son enfant, s'elle est riche, art. 129 du C S P.

²⁰² - Mohamed ELGACHBOUR, Traité de statut personnel, op.cit

- Mohammed Mahmoud SALAMA, Le mariage en droit musulman, op.cit

- Mohamed CHAFII, Code de statut personnel annoté, op.cit

- IBN ROCHD, BIDAYAT ALMOJTAHID WA NIHAYAT ALMOKTASID, op.cit

²⁰³ - Verset numéro 7 de la Sourate TALAQ : La répudiation « que celui qui se trouve dans l'aisance dépense selon ses moyens. Que celui qui ne possède que le strict nécessaire dépense en proportion de ce que Dieu lui a accordé. Dieu n'impose quelque chose à une âme, qu'en proportion de ce qu'il lui a accordé. »

²⁰⁴ - L'article 160 du code hanafite

- Mohammed Mahmoud SALAMA, Le mariage en droit musulman, op.cit

²⁰⁵ - IBN ROCHD, Bidayat al mojtahid wanihayat almoqtasid, op.cit

L'ancien code de statut personnel avait opté pour la position de l'école malékite²⁰⁶.

De surcroît l'épouse a droit à un traitement égal avec les autres épouses en cas de polygamie²⁰⁷. Ainsi le mari doit être en mesure de traiter ses épouses sur un même pied d'égalité quoi qu'elles soient, et ce devoir puise son origine dans le verset coranique²⁰⁸ « *si vous craignez ne pas être juste, suffisez à une...* ». Et partant de ce verset, le traitement égal des épouses, est une des conditions de la polygamie²⁰⁹.

Toujours dans le cadre des droits de l'épouse, le mari doit l'autoriser à rendre visite à ses parents et à les recevoir dans la limite des convenances, ce qui peut paraître comme un devoir de l'épouse beaucoup plus que son droit, mais s'inscrivant dans la logique du droit musulman, il s'agit là d'un véritable droit de l'épouse, obligeant le mari à l'autoriser de rendre visite à ses parents et de les recevoir, puisque toute sortie de l'épouse du domicile conjugal, obéit à la permission de son mari²¹⁰.

Enfin l'ancienne législation de la famille énonçait clairement l'entière liberté de l'épouse, d'administrer et de disposer de ses biens sans aucun contrôle du mari. Ainsi le droit marocain même s'inspirant du rite malékite, a dérogé à la règle posée par ce rite, selon laquelle la femme mariée ne peut disposer à titre gratuit de plus d'un tiers de sa fortune sans le consentement de son mari²¹¹.

²⁰⁶ - L'article 117 du C S P : « Le mari doit la pension alimentaire à son épouse, dès l'instant où il y a eu consommation de mariage. »

- Mohamed ELGACHBOUR, Traité de statut personnel, op.cit

²⁰⁷ - C'est ce qu'appellent les foukahas, le partage égal des nuits.

François Paul BLANC, Le droit musulman, op.cit

²⁰⁸ - Verset numéro 3 de la sourate les Femmes.

²⁰⁹ - L'article 40 du N C F: « La polygamie est interdite lorsqu'une injustice est à craindre entre les épouses. »

²¹⁰ - François Paul BLANC, Le droit musulman, op.cit

²¹¹ - Abderrazak MY RACHID, La condition de la femme au Maroc, édi de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat, 1985

- François Paul BLANC, Le droit musulman, op.cit

III. Les droits du mari à l'égard de sa femme

Aux termes de l'article 36 de l'ancienne législation sur la famille, l'épouse doit à l'égard de son mari, la fidélité, l'obéissance, l'allaitement au sein des enfants issus du mariage, la charge de veiller à la marche du foyer et enfin la déférence en vers les père, mère, et proches parents du mari.

Le devoir de fidélité est une règle de droit musulman²¹², imposait à la femme de n'entretenir de rapports intimes qu'avec son mari. Toutefois, le caractère unilatéral de ce devoir conjugal était critiquable, et n'avait pas raison d'être, puisque la législation coranique sanctionne de la même peine l'homme comme la femme qui commet l'adultère²¹³.

L'autorité reconnue au mari en tant que chef de famille²¹⁴, lui dévoile un droit d'obéissance de son épouse. Néanmoins la question se posait quant au droit du mari de corriger sa femme désobéissante²¹⁵.

Le droit positif est muet sur cette question et certaines législations l'interdisent²¹⁶. Quant à la doctrine, un tel droit n'a plus raison d'être, du

²¹² - Sourate IV, verset 19 « Evitez l'adultère, car c'est une turpitude et une abomination... »

- Mohammed Mahmoud SALAMA, Le mariage en droit musulman, op.cit

²¹³ - Sourate XXIV, verset 2 « les impudiques, des deux sexes, seront punis de cent coups de fouet, c'est le jugement de Dieu. Vous n'aurez pour eux aucune dernière. Que quelques fidèles soient témoins de leur châtement. »

²¹⁴ - L'article premier de l'A C S P disposait : « le mariage est un contrat légal par lequel un homme et une femme s'unissent en vue d'une vie conjugale commune et durable.

Il a pour but la vie dans la fidélité, la pureté et le désir de procréation par la fondation, sur des bases stables et **sous la direction du mari**, d'un foyer permettant aux époux de faire face à leurs obligations réciproques dans la sécurité, la paix, l'affection et le respect mutuel. »

²¹⁵ - Sourate les Femmes verset numéro 34 : « Les hommes ont autorité sur les femmes, en raison des faveurs qu'Allah accorde à ceux-là sur celles-ci, et aussi à cause des dépenses qu'ils font de leurs biens. Les femmes vertueuses sont obéissantes (à leurs maris), et protègent ce qui doit être protégé, pendant l'absence de leurs époux, avec la protection d'Allah. Et quant à celles dont vous craignez la désobéissance, exhortez-les, éloignez-vous d'elles dans leurs lits et frappez-les. Si elles arrivent à vous obéir, alors ne cherchez plus de voie contre elles, car Allah est certes, Haut et Grand ! »

- Mohamed ELGACHBOUR, Traité de statut personnel, op.cit

moment que l'article premier de l'ancien code de statut personnel dispose expressément que le but du mariage est de fonder un foyer permettant aux deux époux de vivre dans la sécurité, la paix, l'affection et le respect mutuel²¹⁷.

Tandis que pour d'autres auteurs, et même si la législation passe sous silence de ce droit de correction, il est toujours maintenus par la force du texte coranique²¹⁸.

L'allaitement au sein des enfants, et la charge de veiller à la marche du foyer, sont des devoirs de l'épouse en vers son mari, et qui puisent leur source dans le rite malékite, mais qui n'impliquent pas pour la femme l'obligation de s'occuper des tâches ménagères qui est une charge des domestiques et qui rentre dans le cadre de l'entretien incombant au mari²¹⁹. Toutefois dans la pratique, les femmes s'occupent des tâches ménagères puisque la situation économique de la plupart des ménages ne permet pas de remplir cette obligation²²⁰.

Enfin l'épouse doit respecter, les père, mère et proches parents de son mari, ce qui doit être interprété restrictivement puisque ce devoir n'implique pas pour elle l'obligation d'habiter avec les parents ou proche parents de son mari²²¹.

²¹⁶ - Entre autre l'article 209 du code de statut personnel égyptien qui dispose: « il n'est jamais permis au mari d'employer la violence en vers sa femme, même pour un motif valable ».

²¹⁷ - Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op.cit

- Fatna SERHANE, Jurisclasseur, droit comparé, op.cit

²¹⁸ - Farida BENNANI, La division du travail entre époux à la lumière du droit marocain et fikh, mémoire, Rabat, 1991.

- Mohamed EL GACHBOUR, Traité de statut personnel, op.cit

²¹⁹ - Ahmed KHAMLIHI, Taaliq'ala qanoun al ahwal achchakhsia, tome 1 : le mariage et le divorce, Rabat 1987.

²²⁰ - Fatna SERHANE, Jurisclasseur, droit comparé, op.cit

- Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op.cit

²²¹ - C S, 14 décembre 1982, revue jurisprudence de la cour suprême, 1983.

B. La portée des obligations conjugales énoncées par l'ancien code

Le législateur de l'ancien code se limitait à énoncer le contenu des droits de chacun des époux à l'égard de l'autre, ce qui posait la question de la sanction de leur inobservation et la procédure de leur rétablissement.

En effet des éléments de réponse se trouvaient éparpillés soit dans les textes du même code soit dans certaines dispositions du code pénal ou du droit des obligations.

Les voies de divorce prévues par l'ancien code répondaient à une partie des obligations conjugales du mari en vers son épouse. Ainsi le divorce pour absence du mari répond-il à l'obligation de cohabitation qui se trouvait violée par ladite absence, de même pour le divorce pour préjudice et pour défaut d'entretien qui se justifiaient par le manquement aux obligations de bons rapports, de respect et d'affection mutuels, et celle de l'entretien incombant au mari.

La question qui se pose est de savoir si ces voies de divorce avaient elles pour cause directe la violation des devoirs conjugaux, ou encore ce sont des institutions indépendantes, exigeant des conditions beaucoup plus rigides que le simple manquement à un devoir conjugal.

A notre avis les voies classiques de divorce sont loin d'être des sanctions à l'irrespect des devoirs conjugaux, en ce sens que le divorce pour absence du mari est prévu pour pallier cette absence, et non pour le défaut de cohabitation²²², sinon on aurait permis à l'épouse de demander le divorce à chaque fois que la cohabitation entre conjoints serait atteinte et pas seulement dans le cas de l'absence du mari.

²²² - C A de Hoceima, du 13 juillet 2006, dos. Numéro 166/2004

- T P I de Larache, du 27 juin 2006, dos. Numéro 292/2004

Almontaqa min amal alqadae fi tatbiq moudawanat al ousra, numéro 10, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 10 février 2009.

Sur un autre plan le divorce pour les motifs classiques nécessitent des conditions qui pouvaient faire défaut alors que le devoir conjugal est violé, l'exemple est celui de l'absence pour un motif justifié ou pour une durée moins de deux ans.

Dans le même ordre d'idée, l'épouse ne peut pas obtenir son divorce en prouvant le seul manquement de son mari à un de ses droits, mais et il faut qu'elle satisfasse aux conditions prévues pour la catégorie de divorce requis²²³.

De surcroît les motifs du divorce, prévus par l'ancien code de statut personnel, n'englobaient pas toutes les obligations conjugales, notamment l'inégalité de traitement avec les autres épouses en cas de polygamie qui ne pouvait constituer une cause de divorce. De même pour le refus du mari d'autoriser à son épouse de rendre visite à ses parents et de les recevoir.

Pour les obligations conjugales susceptibles²²⁴ d'exécution forcée, la jurisprudence oblige l'époux manquant à ses obligations de les exécuter.

Ainsi le droit d'entretien de l'épouse, bénéficie de l'exécution provisoire²²⁵ et d'un privilège de troisième degré dans les biens de son mari²²⁶.

²²³ - Voir la seconde section du chapitre précédent.

²²⁴ - T P I de Marrakech en date du 17 février 2005, dos numéro 48/8/2005, rapporté par Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour cause de discorde, op.cit, dans le quel le tribunal rejette une demande tendant à obliger l'épouse de réintégrer le lit conjugal, du fait que c'est une obligation d'ordre moral qui ne peut pas être exécutée par la force.

²²⁵ - L'article 179 du C P C

²²⁶ - L'article 1248 du dahir sur les obligations et contrats qui dispose « les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont celles-ci après exprimées et s'exercent dans l'ordre suivant :

1-

2-.....

2 bis- les créances résultant de la dot (sadaq) de l'épouse et du don de consolation (mout'a), évalué compte tenu du préjudice éventuel subi par l'épouse du fait d'une répudiation qui

De même, l'épouse qui abandonnerait le domicile conjugal peut être contrainte à l'intégrer²²⁷, sous peine de suspendre son droit à l'entretien²²⁸, à moins qu'elle soit enceinte.

L'inobservation de certaines des obligations conjugales peut être sanctionnée par des dispositions pénales. Ainsi l'infidélité de l'un ou l'autre des époux est sanctionnée par l'article 491 du code pénal. De même pour l'inexécution du mari de son devoir à l'entretien envers son épouse est un délit prévu et sanctionné par l'article 479 dudit code. Toutefois les délits de l'abandon de famille et d'adultère sont des infractions privées dont la poursuite est conditionnée par la plainte de la partie offensée.

Enfin le mari peut toujours recourir à la voie de répudiation pour sanctionner l'inobservation de ses devoirs par son épouse, puisqu'il n'est tenu à aucun motif pour répudier.

Quoi qu'il en soit, les obligations conjugales à la charge du mari ne sont pas au sens du droit musulman à contenu juridique, mais plutôt de simples indications ayant une connotation religieuse ou morale. Leur violation est simplement détestable et ne fait pas partie des grands péchés.

Tandis que celles à la charge de l'épouse, sont des devoirs liés aux ordres de Dieu²²⁹.

n'est pas justifiée, ainsi que celle résultant de la pension alimentaire due à l'épouse, aux enfants et aux parents. »

227- C S numéro 507 du 09 mai 2001, dos. Numéro 249-2000, rapport annuel de la cour suprême de 2001.

228-L'article 123 de l'A C S P.

229- Mohamed EL GACHBOUR, Traité de droit de statut personnel, op.cit

Paragraphe second : La discorde, sanction légale de l'inobservation des obligations conjugales, sous le nouveau code

Le nouveau code de la famille bouleverse toute la structure des droits et devoirs réciproques entre les époux, aussi bien sur le plan de la proclamation de ces droits que sur celui de leur sanction.

D'une part le nouveau texte s'efforce d'user des expressions renvoyant à l'équité, la justice et l'égalité entre les époux. D'autre part, il sanctionne le manquement aux dits droits, par le choix accordé au conjoint offensé soit de réclamer l'exécution, soit de se défaire du rapport conjugal par le biais de la discorde.

Ainsi nous examinons la nouvelle démarche du législateur quant à la proclamation des droits et devoirs conjugaux, dans un premier point, la sanction de la violation desdits devoirs dans un deuxième point, avant de consacrer le troisième point à une appréciation.

A. La nouvelle théorie des droits et devoirs réciproques entre les époux

L'égalité des époux a été l'une de réclamations qui a fondé l'appel à la révision de l'ancien code de statut personnel.

Ainsi la nouvelle législation²³⁰ déclare le principe de l'égalité des époux dans la direction de la famille en ce sens qu'elle dispose que le mariage a pour fin « ... la fondation d'une famille stable sous la direction des deux époux conformément aux dispositions du présent code », ce qui est une évolution

²³⁰ - L'article 4 du N C F : « le mariage est un pacte fondé sur le consentement mutuel, et une union légale et durable, entre un homme et une femme. Il a pour fin la vie dans la fidélité, la pureté et la fondation d'une famille stable, **sous la direction des deux** époux conformément aux dispositions du présent code. »

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

très importante dans le sens de l'égalité, puisque l'ancien code mettait la famille sous la direction du mari²³¹.

Cette nouvelle vision du législateur fait qu'il s'adresse par les mêmes termes aussi bien à l'épouse qu'au mari, en ce sens que l'article 51 du nouveau code dénombre les obligations conjugales, sous l'intitulé droits et devoirs réciproques entre les époux, sans aucune distinction des droits de l'épouse de ceux du mari. Remplaçant ainsi les différentes énonciations des articles 34, 35 et 36 de l'ancien code.

Concernant le fond des obligations conjugales, l'analyse du contenu dudit article montre que le législateur reproduit certaines dispositions déjà prévues par l'ancienne législation comme droits et devoirs réciproques entre les conjoints.

Ainsi, la cohabitation légale, les bons rapports de la vie commune, le respect mutuel et le droit de succession sont maintenus par le nouveau texte.

De plus la démarche égalitariste du législateur dans le nouveau code rend certaines obligations conjugales prévues jadis à l'égard de l'épouse seule ou du mari seul, communes aux deux conjoints. Désormais le mari se trouve être tenu tout comme l'épouse, par le devoir de fidélité²³². Ce qui rejoint la position du législateur pénal qui sanctionne le mari comme l'épouse pour adultère²³³. Cependant la question reste posée sur le contenu de l'obligation de fidélité pour la mari en cas de polygamie.

²³¹ - Le 2^{ème} alinéa de l'article premier de l'A C S P « Le mariage a pour but la vie dans la fidélité, la pureté et le désir de procréation par le fondation, sur des bases stables sous la direction du mari, d'un foyer permettant aux époux de faire face à leurs obligations réciproques dans la sécurité, la paix, l'affection et le respect. »

²³² - Pour plus amples développements sur ce devoir :

- Rajaa NAJI ELMEKKAOUI, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

²³³ - L'article 491 du C P premier alinéa, dispose: « Est punie de l'emprisonnement d'un à deux ans toute personne mariée convaincue d'adultère. »

Pour conforter l'égalité dans le foyer, le législateur annonce la prise en charge de l'épouse avec l'époux, de la responsabilité de la gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants. Or cette disposition prête à confusion dans le sens qu'elle fait allusion à la contribution de l'épouse aux charges du mariage, d'autant plus que l'obligation d'entretien ne figure plus dans l'énumération des droits et devoirs réciproques entre conjoints.

Toutefois l'obligation exclusive du mari, d'entretenir sa famille, survit toujours dans le nouveau code de la famille²³⁴, réduisant ainsi la responsabilité de l'épouse dans la gestion des affaires du foyer, à la concertation dans la prise de décision relative à la dite gestion, qui est une nouveauté du code.

La nouvelle législation a aussi le mérite de supprimer les devoirs qui mettaient la femme en lien de subordination à son mari. Ainsi l'épouse n'est plus tenue d'obéir à son mari, ni de lui solliciter l'autorisation de rendre visite à ses parents ou de les recevoir, et chacun des deux époux, doit entretenir de bons rapports avec les parents de l'autre, en les respectant, leur rendant visite et les recevant dans la limite des convenances.

Sur un autre plan le législateur a essayé de déterminer le contenu du devoir de cohabitation légale, en énonçant qu'elle implique, les bons rapports conjugaux, la justice, l'égalité de traitement, la pureté et la fidélité mutuelle. Toutefois le problème du droit reconnu au mari au choix du domicile conjugal et du devoir de l'épouse de suivre son mari, se maintient toujours, et seule l'évolution des mentalités pouvant rendre, ce devoir, commun aux époux²³⁵.

²³⁴ - L'article 189 du N C F, qui considère le mariage, une des sources de la pension alimentaire.

²³⁵ - C A d'Oujda du 25 mai 2005, dos. Numéro 79/2005.

- C A d'Oujda du 31 mai 2006, dos. Numéro 124/2005.

- T P I de Hoceima du 24 mai 2007, dos. Numéro 579/2006.

- T P I d'Oujda du 28 décembre 2006, dos. Numéro 2266/2006.

B. La violation des devoirs conjugaux

Le manquement de l'un des époux à un des devoirs énumérés dans l'article 51 du nouveau code, permet à l'autre conjoint de le contraindre au respect dudit devoir ou de recourir à la procédure de discorde²³⁶.

Ainsi le législateur dans le nouveau code donne au conjoint offensé dans ses droits, que ce soit l'épouse ou le mari²³⁷, le choix, soit de réclamer l'exécution, soit de déclencher immédiatement la procédure de discorde²³⁸.

Toutefois la question est posée quant à la procédure de discorde prévue par cette disposition. En d'autres termes s'agit-il là de demander, pour le conjoint lésé, au tribunal de régler le différend²³⁹ relatif au manquement à ses devoirs par le conjoint défendeur, ou encore la procédure de discorde y compris la dissolution du mariage au cas où la réconciliation n'aboutit pas²⁴⁰.

A notre avis le recours à la procédure de discorde au cas où l'un des époux persiste dans le manquement à ses devoirs est prévu pour permettre au conjoint lésé de se défaire d'une relation conjugale qui ne respecte plus ses droits légaux.

Ainsi le législateur qualifie la violation d'une des obligations conjugales prévues par l'article 51, cause directe de divorce.

²³⁶- L'article 52 du N C F : « Lorsque l'un des conjoints persiste à manquer aux obligations visées à l'article précédent, l'autre partie peut réclamer l'exécution des obligations qui lui incombent ou recourir à la procédure de discorde prévue aux articles 94 à 97 ci dessus. »

²³⁷- Même si le mari dispose de la voie de répudiation dont il n'a à user d'aucun motif.

²³⁸- Sans aucune formalité préalable, et quand bien même le devoir transgressé, susceptible d'exécution en nature.

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

²³⁹- En ce sens que l'article 94 du nouveau code auquel renvoi cette disposition, énonce « Si les époux ou l'un d'eux, demande au tribunal de régler un différend les opposant... »

²⁴⁰- Rajaa NAJJ EL MEKKAoui, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

Sur un autre plan la question est posée quant à la preuve de l'inexécution des devoirs conjugaux, en ce sens que l'époux qui se considère lésé par le manquement de son conjoint aux obligations qui lui incombent, doit-il fournir la preuve de ce manquement pour bénéficier de la présomption légale de discorde ou lui suffit-il de se prétendre lésé dans ses droits pour faire aboutir la procédure de discorde.

Cette question trouve tout son intérêt à la lumière de l'interprétation actuelle, jurisprudentielle et doctrinale, des dispositions qui régissent la discorde, et qui fondent la dissolution du mariage sur simple prétention du demandeur²⁴¹.

A notre avis une telle présomption de discorde n'aurait d'intérêt que si la cause de discorde devrait être établie, or et dans le cadre de l'actuelle interprétation des dispositions générales du discorde, on ne pourrait exiger la preuve dudit manquement pour prononcer le divorce pour discorde, mais ledit manquement doit toujours être établi pour engager la responsabilité de l'époux défendeur, et par la suite le condamner à indemniser le préjudice résultant de la violation des droits de son conjoint et du divorce pour discorde.

Il en découle que la preuve de la violation des droits et devoirs réciproques entre conjoints n'est pas exigée pour prononcer le divorce, mais l'est pour engager la responsabilité du conjoint défendeur. Et obéit au système général de preuve.

Enfin, il reste à signaler que le sixième alinéa de l'article 51 qui énonce le droit de succession entre les époux, ne peut pas être objet d'un manquement, puisque c'est un droit dont bénéficie l'époux survivant après la mort de son conjoint, et par voie de conséquence ne se conçoit jamais sa violation et encore moins la présomption de discorde.

²⁴¹ - Voir la seconde section du premier chapitre.

C.Appréciation

La nouvelle législation sur la famille a le mérite de changer la structure des devoirs réciproques entre conjoints et d'essayer de rétablir l'équilibre entre les époux.

Pour ce faire, elle a prévu les mêmes obligations conjugales à la charge de chacun des époux tout en traitant les deux parties de la relation conjugale sur un même pied d'égalité et permet au conjoint dont les droits sont lésés de réclamer, soit l'exécution des obligations qui lui incombent, soit de recourir à la procédure de discorde.

Cependant, pour que ces obligations soient à même d'être respectées, elles doivent avoir un contenu précis, et non controversé.

Les formulations des droits et devoirs réciproques entre les époux, tels « les bons rapports de la vie commune », « la prise en charge par l'épouse avec l'époux », ou encore « *la concertation dans les décisions relatives à la gestion des affaires de la famille*²⁴² » font allusion à l'entière égalité entre les conjoints dont la société n'est pas encore en mesure de tolérer. C'est pourquoi la rédaction des formules des obligations conjugales s'est faite dans la logique du droit positif occidental et la référence qui doit être observée dans l'interprétation de son contenu, est le droit musulman en ce sens que l'article 400 du nouveau code dispose « *pour tout ce qui n'a pas été prévu par le présent code, il conviendra de se référer au rite malékite, et à l'effort jurisprudentiel (ijtihad) qui tient compte de la concrétisation des valeurs de l'islam en matière de justice, d'égalité est des bons rapports de la vie commune.* »

En effet le devoir de cohabitation légale est-il un devoir réciproque entre les époux et par voie de conséquence les deux époux se mettent d'accord en usant de la concertation dans la prise de décision, sur la détermination du domicile conjugal, ou encore un devoir traditionnel de

²⁴² - L'article 51 du N C F.

l'épouse²⁴³ qui lui impose de suivre son mari dans le domicile conjugal qu'il choisit.

La jurisprudence de la cour suprême, continue toujours de donner le même contenu au devoir de cohabitation même après l'entrée en vigueur du nouveau code, ainsi il a été dit dans un arrêt²⁴⁴:

« en vertu de l'article 51 du code de la famille, la cohabitation légale, les bons rapports de la vie commune et la prise en charge des deux époux de la responsabilité de gestion des affaires du foyer et de la protection des enfants, sont parmi les droits et devoirs réciproques entre les époux.

Et par voie de conséquence le tribunal avait raison de considérer l'épouse qui réside en France et qui persiste d'y rester loin de son mari résidant au Maroc, manquant aux devoirs lui incombant et lui imposant d'habiter avec son conjoint, pour concrétiser la cohabitation légale. »

Il en résulte que la formule du texte n'est pas à même de changer la conception des droits et devoirs conjugaux, qu'en fait la société.

²⁴³ - Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

²⁴⁴ - C S, numéro 71 en date du 09-02-2005, dos. Numéro 353/2/1/2004

Rapporté par Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

SECTION SECONDE : LA DISCORDE CONSÉCUTIVE À UN DÉSACCORD ENTRE LES ÉPOUX

Les désaccords entre les époux débouchent souvent sur des différends pouvant constituer des motifs de dissolution du rapport conjugal.

Ainsi le législateur prévoit la nouvelle voie de divorce pour discorde pouvant contenir tous les litiges entre les époux.

En outre certains désaccords entre les époux sont qualifiés par le nouveau code comme cause directe de discorde et en prévoit le recours à sa procédure. Les cas de désaccord entre les époux où le législateur renvoi à l'application de la procédure de discorde peuvent être divisés entre, les désaccords ayant rapport avec la rupture du lien conjugal, ce qui fera l'objet du premier paragraphe, et le litige des époux sur la polygamie qui fera l'objet du second paragraphe.

Paragraphe premier : Le désaccord entre époux sur une question ayant rapport avec la rupture du lien conjugal

Nombreux sont les litiges qui opposent les époux et se réfèrent à la rupture du lien conjugal.

Le législateur invite l'épouse à recourir à la procédure de discorde à chaque fois qu'elle conteste la position de son mari, ou une défaillance procédurale de preuve.

Ainsi le droit du mari de rétracter la répudiation révocable, peut être gêné par l'opposition et le refus de l'épouse de reprendre le lien conjugal. De même pour la demande de l'épouse, en divorce pour préjudice ou pour khol', qui peut être rejetée, soit pour raison de preuve, soit pour refus du mari.

Alors l'étude de ce paragraphe sera divisée comme suit :

- ✓le refus de l'épouse de reprendre le lien conjugal ;

- ✓le mari refuse le principe du khol' ;
- ✓l'épouse incapable de prouver le préjudice.

A.Le refus de l'épouse de reprendre le lien conjugal

La dissolution du mariage peut être définitive interrompant le lien conjugal dès son prononcée, mais aussi elle peut être révocable ayant l'effet de relâcher²⁴⁵ les liens de mariage sans l'interrompre.

La dissolution puise sa nature définitive ou révocable du texte du nouveau code de la famille, reproduisant les dispositions de l'ancien code de statut personnel²⁴⁶, qui se fondent sur le texte coranique²⁴⁷. Dont l'interprétation fait l'unanimité des écoles sunnites de droit musulman²⁴⁸.

En effet tout divorce prononcé par le tribunal est définitif, sauf le divorce pour défaut d'entretien et pour serment de continence²⁴⁹, alors que toute répudiation déclarée par le mari est révocable à l'exception de la répudiation à la suite de deux précédentes répudiations, de la répudiation intervenue avant la consommation du mariage, de la répudiation pour consentement mutuel, de la répudiation moyennant compensation (khol') et de la répudiation résultant d'un droit d'option consenti à l'épouse²⁵⁰.

²⁴⁵ - Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op. cit.

²⁴⁶ - Les dispositions des articles 66 et 67 de l'ancien code de statut personnel.

²⁴⁷ - Le verset numéro 228 de la sourate la vache : « Et les femmes divorcées doivent un délai d'attente de trois menstrues et leurs époux seront plus en droit de les reprendre pendant cette période, s'ils veulent la réconciliation... »

²⁴⁸ - L'unanimité sur le principe de la révocabilité, mais très controversées sur les formes de la reprise:

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

²⁴⁹ - L'article 122 du N C F.

²⁵⁰ - Article 123 du N C F.

Etant donné le caractère révocable de la dissolution suspend le mariage et ne l'interrompt pas immédiatement, deux effets en découlent, d'une part tous les effets du lien conjugal survivent durant la retraite de viduité²⁵¹, dont principalement le droit de l'épouse à l'entretien, la vocation héréditaire entre les époux si l'un d'eux décède durant cette période, mais aussi les droits et devoirs réciproques entre les époux²⁵².

D'autre part, le mari répudiateur ou divorcé peut reprendre son épouse durant la période de viduité (Idda)²⁵³, sans avoir à prendre le consentement de celle-ci puisqu'il ne s'agit pas d'une nouvelle union.

Les formes de la reprise de l'union conjugale par le mari, ont été l'objet de certaines querelles doctrinales, ainsi pour les malékites²⁵⁴, l'époux doit avoir l'intention de reprendre sa femme, et cette volonté doit être manifestée d'une quelconque formule, en revanche les hanafites préconisent la reprise par tout acte quoi qu'il soit dans le sens d'une reprise de la vie conjugale²⁵⁵.

Le nouveau code de la famille²⁵⁶ exige que la reprise soit reçue par deux adouls, et ces derniers doivent en informer le juge qui convoque

²⁵¹ - A l'exception des relations intimes :

- Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, dissolution du pacte conjugal, op.cit
- Rajaa NAJI EL MEKKAOU, La Moudawanah, le référentiel et le conventionnel en harmonie, Tome 2 : la dissolution du mariage, op.cit

²⁵² - C S en date du 02 octobre 1984, revue droit et jurisprudence, numéro 135 et 136, p 225

²⁵³ - Cette période de viduité diffère d'un cas à l'autre, ainsi pour les femmes enceintes la durée de la Idda équivaut au reste de la grossesse à la délivrance.

Pour les femmes non ménopausées, la durée de viduité est de trois périodes menstruelles.

Pour les femmes ménopausées doivent observer une durée de trois mois.

Pour les veuves enceintes, jusqu'à la délivrance, et celles qui ne sont pas enceintes doivent observer une durée de quatre mois et dix jours.

Il s'agit là des durées réglementées explicitement par le texte coranique, et reproduites par le nouveau code de la famille.

²⁵⁴ - Mohamed EL GACHBOUR, Commentaire du code de la famille, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

- François Paul BLANC, Le droit musulman, op.cit

²⁵⁵ - Les mêmes références précédentes.

²⁵⁶ - L'article 124 du N C F.

l'épouse pour l'en informer. Et si l'épouse s'oppose et refuse la reprise de la vie conjugale, elle peut recourir à la procédure de discorde prévue par l'article 94 du code.

La déclaration de reprise par le mari rétablit légalement le lien de mariage entre les époux, ce qui pose la question sur l'étendue de la procédure de discorde à laquelle renvoi cette disposition, d'autant plus qu'elle se réfère aux seules dispositions de l'article 94.

Autrement la procédure de discorde se limiterait-elle au seul refus de l'épouse de reprendre la vie conjugale et statuer sur la validité de la reprise, ou encore, aura-t-elle à connaître de tous les motifs avancés par elle même n'ayant pas de rapport avec la reprise.

A notre avis le législateur invite par ces dispositions, l'épouse qui refuse de reprendre la vie conjugale avec son époux suite à une dissolution révocable du mariage, de demander au tribunal le divorce pour discorde puisque le lien de mariage existe toujours entre les époux pendant le délai de viduité.

Toutefois, d'autres difficultés en découlent, relatives aux droits dus à l'épouse et au renouvellement de la durée de viduité. Et leurs solutions, différent selon qu'il s'agit d'une nouvelle dissolution de mariage ou de la prorogation de la précédente dissolution.

Ainsi sur le plan du droit musulman, il s'agit là d'une nouvelle dissolution du mariage dont les liens suspendus ont été rétablis par la déclaration de reprise par le mari et qui a suscité l'opposition et le refus de l'épouse. Mais pratiquement le mariage n'a jamais été repris, puisque cette reprise a été l'objet de la contestation de l'épouse, origine de la procédure de discorde.

A notre avis, si une nouvelle retraite de continence, théorique pourrait être observée, les droits dus à l'épouse suite au divorce, ne peuvent pas être renouvelés, puisqu'ils étaient déjà l'objet de la précédente décision de dissolution révocable.

B. Le mari refuse le principe du khol'

Les deux époux peuvent se mettre d'accord sur le principe de mettre fin au rapport conjugal par le biais de la répudiation moyennant compensation ou (khol') qui fait l'unanimité des différends rites de droit musulman²⁵⁷.

La dissolution du mariage par khol', est une convention se basant principalement sur le consentement des époux. Cependant l'accord des époux suppose préalablement les négociations de ceux-ci, et qui peuvent se heurter à des questions, soit sur le montant de la contrepartie, soit sur le principe même de la répudiation.

Ainsi si les deux époux conviennent sur le principe de la répudiation et le litige porte sur la compensation, l'affaire est déférée au tribunal qui en apprécie la valeur²⁵⁸.

Mais si le mari conteste le principe même de la dissolution du mariage, le législateur invite l'épouse à recourir à la procédure de discorde.

Alors on se demande du rapport de la répudiation khol' avec la discorde, et de la particularité de la procédure de discorde objet de l'indication législative du dernier alinéa de l'article 120 du nouveau code.

A notre avis aucun rapport n'est à déceler entre les deux procédures, et le législateur invite l'épouse à recourir à la procédure de discorde, car seule pouvant accueillir ses prétentions et motifs, sur les quelles se fonde sa demande de dissolution de mariage. Mais aussi la procédure de discorde dont est question dans cet alinéa n'est dotée d'aucune spécificité, notamment à la lumière de la dispense de preuve dont bénéficie le demandeur dans l'action de divorce pour discorde.

²⁵⁷ - Voir la seconde section du premier chapitre.

²⁵⁸ - L'article 120 du N C F.

C.L'épouse incapable de prouver le préjudice

Le divorce pour préjudice, est une voie ouverte à l'épouse subissant un quelconque sévice, rendant la vie conjugale impossible, d'en demander la dissolution judiciaire.

En effet le divorce pour préjudice se fonde sur le sevice subi par l'épouse, et par voie de conséquence l'établissement des faits constituant ledit préjudice est une condition sine qua non pour l'aboutissement de la demande de divorce.

Toutefois la preuve du préjudice dans les cas pareils, se heurte à la nature du cadre fermé entre les époux, ce qui fait qu'un nombre important des demandes en divorce pour préjudice, se terminait par être rejetées, et les mêmes requêtes se répétaient.

En effet l'ancienne législation²⁵⁹, prévoyait à ce problème la solution selon laquelle, le tribunal désigne deux arbitres qui s'efforcent de rechercher les causes de la dissension entre les époux, et de les réconcilier, sinon le juge tranche le litige à la lumière du rapport des arbitres.

Le nouveau code de la famille, innove à ce sujet et invite explicitement l'épouse qui ne parvienne pas à établir le préjudice allégué à recourir à la procédure de discorde.

Il en résulte que le législateur qualifie, le rejet de la demande tendant au divorce pour préjudice, une cause de discorde dont le tribunal, sur requête de l'épouse, doit déclencher la procédure de réconciliation prévue pour la discorde, et si la réconciliation n'aboutit pas la dissolution du mariage doit être prononcée.

Sur un autre plan l'indication législative, à l'épouse de recourir à la procédure de discorde ne doit pas être comprise dans le sens d'une autorisation, puisque la procédure de discorde peut toujours être

²⁵⁹ - L'article 56 du C S P.

empruntée par l'épouse, comme une voie alternative de divorce²⁶⁰, même sans passer par l'action en divorce pour préjudice.

Il est donc à noter qu'aucun rapport ne lie les deux procédures, d'une part, et d'autre part l'indication législative est prévue à titre d'information pour l'épouse, de l'existence de la voie de discorde, ne nécessitant pas de preuve.

Paragraphe second : Le désaccord des époux sur la polygamie

La polygamie constitue toujours une question objet des divergences doctrinales²⁶¹ et législatives²⁶², et suscite des débats la mettant au cœur des modifications.

Ainsi le nouveau code de la famille, tenant compte des critiques auxquelles fait l'objet, subordonne l'octroi de l'autorisation de la polygamie à des conditions draconiennes dont particulièrement le consentement de l'épouse.

Alors nous faisons état dans un premier point de la procédure et de l'évolution de la polygamie en droit marocain depuis la première codification de 1957, et dans un second point nous examinons la procédure de discorde naissant du litige des époux sur la question de polygamie.

A.La notion de polygamie et son évolution

Le droit musulman autorise à l'homme d'être tétragame, c'est-à-dire d'épouser légalement et simultanément jusqu'à quatre épouses.

²⁶⁰- Voir deuxième paragraphe de la seconde section du chapitre précédent.

²⁶¹- Ahmed KHAMLI, Taaliq'ala qanoun al ahwal achchakhsia, tome 1: le mariage et le divorce, Rabat 1987.

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

²⁶²- Les législations des pays musulmans se sont divisées sur la question, et allant des pays qui la prohibent comme la Tunisie et la Turquie, jusqu'aux pays qui la permettent sans aucune limite à l'exemple de la Jordanie et la Syrie, en passant par les pays qui l'entourent de certaines mesures plus ou moins restrictives comme le Maroc, l'Algérie, l'Egypte...etc.

L'origine coranique²⁶³ explicite de cette permission a déterminé un certain nombre de pays musulmans²⁶⁴ de l'insérer dans leurs droits positifs.

En effet l'ancien code de statut personnel de 1957, l'avait annoncé telle qu'elle est prévue par le verset coranique, tout en l'entourant de certaines mesures.

Toutefois ces dispositions étaient d'ordre théorique et moral²⁶⁵, en ce sens que l'appréciation de l'injustice et l'information de la seconde épouse étaient confiées au mari lui-même ce qui en fait juge et partie²⁶⁶, et la femme n'avait aucune garantie pour le respect de ces conditions.

De plus la femme qui ne s'était pas réservé le droit d'option, et dont le mari contracte un nouveau mariage, n'avait pas de recours que de saisir le juge pour apprécier le préjudice qui lui est causé par la nouvelle union²⁶⁷. Par conséquent si un préjudice justifiant son divorce n'en résulte pas, elle serait contrainte de subir la polygamie²⁶⁸.

L'institution de la polygamie était au cœur des modifications de l'ancien code de statut personnel du 10 septembre 1993, ainsi le législateur énonçait une série de mesures procédurales tendant à restreindre le recours à la polygamie.

²⁶³ - Le verset numéro 3 de la sourate les Femmes : « Et si vous craignez de n'être pas justes envers les orphelins... 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 (ou afin de ne pas aggraver votre charge de famille).

²⁶⁴ - Le principe de la polygamie est adopté par presque tous les pays arabo-musulmans.

²⁶⁵ - Elles sont morales du fait qu'elles prévoient des règles, de l'information de la seconde épouse de l'état de polygamie, et de l'interdiction de polygamie au cas où l'injustice est à craindre, mais fait dépendre l'application de ces règles de la volonté du mari.

²⁶⁶ - Fatna SERHANE, juriscasseur, droit comparé, op.cit

²⁶⁷ - L'article 30 de l'A C S P qui disposait : «Si la femme ne s'est pas réservée le droit d'option et que son mari contracte un nouveau mariage, elle peut saisir le juge pour apprécier le préjudice qui lui est causé par la nouvelle union. »

²⁶⁸ - Mohamed ELGACHBOUR, Traité du statut personnel, op.cit

En effet la polygamie était désormais subordonnée à une autorisation du magistrat chargé des notaires, qui devait en refuser la demande, si la justice est à craindre entre la coépouses.

Mais aussi la première épouse comme la seconde, doivent être avisées, la première du désir de son époux de se remarier, et la seconde de ce que son prétendant est maritalement uni à une autre femme²⁶⁹, cependant le défaut de ces dispositions résidait dans le fait qu'aucune sanction²⁷⁰, n'était prévue pour leur violation, ce qui les rendait tout à fait théoriques²⁷¹.

Le nouveau code de la famille, apporte une nouvelle vision de l'institution de la polygamie, aussi bien sur le plan de la forme que sur celui du fond.

En effet, l'autorisation de la polygamie obéit désormais à deux principales conditions cumulatives de fond. Ainsi le mari demandeur doit établir, un motif objectif exceptionnel²⁷² le contraignant à recourir à la polygamie d'une part, et d'autre part, qu'il dispose de ressources suffisantes pour subvenir aux besoins des deux familles²⁷³.

Ainsi la satisfaction de ces deux conditions obéit à l'appréciation souveraine de la juridiction du fond²⁷⁴.

²⁶⁹ - Les articles 30 et 31 du C S P.

²⁷⁰ - Fatna SERHANE, Jurisclasseur, droit comparé, op.cit

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit

²⁷¹ - Fatna SERHANE, Jurisclasseur, droit comparé, op.cit

²⁷² - T P I de Boulemane, numéro 166 en date du 12.09.2006 dos numéro 293_2006, Rapporté par Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

²⁷³ - Article 41 du N C F.

- T P I de Boulemane, numéro 110 du 20.06.2006, dos numéro 149 /2006, Rapporté par Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

²⁷⁴ - Parfois du pouvoir discrétionnaire de la juridiction du premier degré, puisque la décision autorisant la polygamie n'est susceptible d'aucun recours, conformément à l'article 44 du nouveau code de la famille.

Toutefois l'octroi de l'autorisation, diffère d'un cas à l'autre, mais aussi d'une région à l'autre²⁷⁵. Sur le plan de la forme, l'autorisation de la polygamie est de la compétence exclusive de la formation du tribunal, et ce dernier ne peut rendre sa décision qu'après avoir convoqué aux fins de comparution, la première épouse, et si elle ne comparait pas, le tribunal doit l'aviser par un agent du greffe, que si elle n'assiste pas à l'audience, il sera statué sur la demande de son mari en son absence.

La future épouse à son tour, doit être informée par le magistrat chargé du mariage que son prétendant est marié avec une autre femme, et avoir recueilli son consentement. L'avis et le consentement de la future épouse doivent être consignés dans un procès verbal officiel²⁷⁶.

Le consentement de la première épouse est une condition indispensable de l'octroi de l'autorisation de polygamie. C'est en ce sens que le législateur entoure les formalités de sa notification d'un certain nombre de mesures allant jusqu'à des sanctions pénales²⁷⁷. Mais si elle ne comparait pas ou son adresse est inconnue, il est passé outre sa présence et le tribunal statue sur la demande en son absence.

L'épouse qui s'oppose et refuse de consentir, au désir de son époux de se remarier avec une autre femme, déclenche la procédure de dissolution du mariage.

²⁷⁵ - C A d'Oujda, du 01/02/2006, dos numéro 645/2005

- C A de Hoceima, du 26/09/2006, dos numéro 365/2006

Almontaqa min amal alqadae fi tatbiq moudawanat al ousra, numéro 10, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 10 février 2009.

²⁷⁶ - L'article 46 du N C F.

²⁷⁷ - Dernier alinéa de l'article 43 du N C F qui dispose : « lorsque l'épouse ne reçoit pas la convocation pour cause d'adresse erronée communiquée de mauvaise foi par son époux ou pour falsification du nom et ou du prénom de l'épouse, il est fait application à l'encontre de l'époux, à la demande de l'épouse lésée, de la sanction prévue par l'article 361 du code pénal. »

B. Le litige des époux sur la polygamie

Le tribunal ne peut statuer sur la demande d'autorisation de polygamie qu'après avoir entendu les deux époux en chambre du conseil.

L'objectif des débats devant le tribunal est, d'une part de se renseigner de la situation de la famille en général, et la situation matérielle du mari en particulier. Et d'autre part, de prendre et de s'assurer de la position de l'épouse à l'égard de la demande de polygamie.

En effet si l'épouse consent à la demande de son mari ou ne s'y oppose pas, aucun problème ne se pose et le tribunal poursuit l'instruction de l'affaire pour s'assurer des autres conditions.

Toutefois, si l'épouse refuse l'attitude de son mari²⁷⁸, et s'oppose à sa demande d'autorisation de polygamie, une nouvelle situation verrait naissance, et qui diffère selon que l'épouse, simultanément à son refus, présente une demande de divorce, où se contente de s'opposer, sans demander le divorce.

Dans la première hypothèse, le tribunal s'assure de l'impossibilité de continuation du rapport conjugal, et prononce le divorce, après avoir ordonné au demandeur de consigner dans un délai de sept jours²⁷⁹, la somme nécessaire à l'acquittement de tous les droits dus à l'épouse et à leurs enfants.

On se pose alors la question de la nature juridique du divorce dont est question dans cette disposition, le texte ne lui attribue aucun qualificatif permettant de le qualifier ou de le ranger dans l'une ou l'autre des catégories de divorces à la portée de la femme.

²⁷⁸ - L'article 45 du N C F.

²⁷⁹ - A défaut de consignation du montant déterminé par le tribunal, la demande doit être rejetée.

La lecture du texte montre qu'il s'agit là du divorce dont le motif est tiré de la demande de l'époux de l'autorisation de contracter une nouvelle union, ce qui l'exclut des voies classiques de divorce, dont les causes sont déterminées.

L'élimination des voies classiques, nous conduit à le ranger dans la catégorie de divorce pour motif de discorde, seule voie à la portée de la femme pouvant se fonder sur tous motifs quel qu'ils soient. Il en découle que le législateur qualifie de plein droit. Le litige naissant entre les époux, du fait de l'attitude du mari désirant d'être polygame, une discorde justifiant le divorce²⁸⁰.

Dans la seconde hypothèse, si l'épouse ne présente aucune demande de divorce, et se contente de s'opposer à la requête de son mari tendant à l'autorisation de la polygamie, le tribunal doit appliquer d'office la procédure de la discorde.

Alors il s'agit là d'un cas très particulier, où le législateur considère le litige entre les époux relatif à la demande d'autorisation de polygamie, comme relevant de la procédure de discorde, et permet au tribunal de changer d'office l'objet et la cause de la demande²⁸¹.

Ainsi, le différend entre les époux, impose au tribunal de déclencher la procédure de réconciliation prévue pour la procédure de discorde, et cette procédure aura pour objectif de régler le litige.

Ou bien que le mari renonce à sa demande d'autorisation de polygamie, ou bien que l'épouse, lève son droit de veto²⁸² sur une base

²⁸⁰ - Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour cause de discorde, op.cit

²⁸¹ - Puisque la demande initiale tend à l'autorisation de polygamie, et le tribunal fait application aux dispositions de discorde qui peuvent déboucher sur la dissolution du lien conjugal.

- Abdessalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, op.cit

²⁸² - Un droit de veto, puisque la polygamie ne peut jamais être autorisée en présence du refus de l'épouse.

quelconque²⁸³, et là les dispositions du dernier alinéa de l'article 44, reçoivent application, qui permettent au tribunal, si les conditions légales sont remplies d'assortir son autorisation à des conditions en faveur de la première épouse et de leurs enfants.

Quoi qu'il en soit, la procédure de discorde aura pour objectif de rapprocher les points de vue des deux époux pour préserver la vie en famille.

Toutefois, si chacun des deux époux tient à sa position, et ne se réconcilient pas, le tribunal prononce le divorce pour discorde, après avoir satisfait aux formalités tenant aux droits dus à l'épouse et aux enfants.

La position du législateur suscite une remarque sur l'application d'office de la procédure de divorce pour discorde, en ce sens qu'il aurait été préférable de prévoir qu'en cas de désaccord des époux sur la demande d'autorisation de la polygamie, une procédure tendant à leur réconciliation, se déclenche, et s'elle n'aboutit pas, le tribunal prononce le rejet de la demande.

Mais aussi le tribunal doit s'assurer au préalable de la satisfaction du mari demandeur de l'autorisation de la polygamie, aux conditions de fond requises, notamment le motif objectif exceptionnel et les moyens matériels suffisants, avant d'engager les débats contradictoires entre le demandeur et son épouse. Ceci aura pour effet d'économiser les efforts et de limiter l'impact négatif de cette demande sur le sort de la famille.

Le nouveau code de la famille présume les époux en discorde, à chaque fois que le mari exerce une des institutions lui est accordée par le droit musulman, notamment la Rijàa ou le refus du principe du Khol'. En envoyant l'épouse à la procédure de discorde, dans les cas pareils,

²⁸³ - Sous forme de transaction contenant des clauses en faveur de la première épouse et leurs enfants.

vide ces institutions de leur contenu juridique, ce qui est une façon de les abroger tout en les maintenant formellement.

En guise de conclusion, la discorde est conçue par le nouveau code de la famille comme une cause directe de dissolution de mariage. Néanmoins son contenu est ambigu.

La pratique qu'en fait la jurisprudence tirée de la réglementation dont l'a bénéficié le législateur se répercute sur :

Les autres voies de divorce, maintenues dans le même code ;

Les institutions juridiques critiquées sous l'ancienne législation, notamment la Rijàa, le Khol' et la notion des droits et devoirs conjugaux ;

La stabilité familiale.

Ainsi une réunification des voies de divorce dans la législation familiale, est indiquée de façon à ce que les voies de dissolution de mariage aient un double caractère,

D'une part, des voies indépendantes et soient les mêmes pour les deux époux.

D'autre part, et surtout que ces voies aient pour objectif principal de préserver la stabilité familiale.

SECONDE PARTIE : L'INSTANCE DE DIVORCE POUR DISCORDE

L'instance de divorce pour discorde est l'ensemble des formalités judiciaires régissant la procédure du divorce pour discorde.

La demande de l'un des époux tendant à mettre fin au lien conjugal pour cause de discorde, déclenche la procédure de divorce prévue aux articles 94 à 97 du nouveau code de la famille. Cependant l'action en divorce pour discorde exige, pour aboutir, en outre, des conditions communes à la recevabilité des actions en justice, des conditions qui tiennent à la particularité du divorce.

Ainsi la qualité pour agir en divorce n'est reconnue qu'aux conjoints, en dépit de l'article 3 du nouveau code qui attribue au ministère public la qualité de partie principale dans les procès de statut personnel, ensuite la requête en divorce doit contenir certaines mentions relatives à la situation des conjoints et des enfants et la compétence pour connaître des actions en divorce est réglementée par des règles particulières.

La validité de la procédure nécessite l'accomplissement des formalités de réconciliation des époux.

Comme toute action en justice, la procédure de divorce pour discorde mène à la décision de divorce mettant fin au rapport conjugal, soit en premier ressort soit en appel. Néanmoins la nouvelle règle de l'article 128 interdit tout recours contre les décisions de dissolution du lien de mariage, quelles qu'elles soient, doublée d'une pratique judiciaire des cours d'appel s'interdisant de statuer sur le divorce²⁸⁴, nous oblige à nous suffire à l'étude du jugement de premier degré, puisqu'elle vide de tout intérêt les arrêts de la cour d'appel en la matière.

Le jugement de divorce pour discorde statue sur des droits dus aux différents intervenants dans le procès de divorce notamment les conjoints et les enfants. D'où il contient outre les droits dus, la réglementation de la garde, la visite et la réception des enfants issus du

²⁸⁴ - Et ce pour raison du respect du double degré de juridiction quant à la détermination des droits dus. Voir : C A de Laayoune, dos 02/2006 en date du 21/03/2006, revue Mouhakama, n 1, Rabat, 2006.

mariage dissous, et suscite des effets communs à toutes les décisions judiciaires, mais aussi spécifiques au divorce.

D'où nous divisons cette seconde partie en deux chapitres comme suit :

- ✓Chapitre premier : La procédure de divorce pour discorde
- ✓Chapitre second : Le jugement de divorce pour discorde.

CHAPITRE PREMIER : LA PROCÉDURE DE DIVORCE POUR DISCORDE

La procédure de divorce pour discorde est l'ensemble des démarches et formalités que nécessitent la validité et la recevabilité de l'action en divorce.

La validité de l'action en divorce pour discorde exige d'une part des conditions qui tiennent aux parties, et d'autre part des formalités qui doivent être accomplies par le tribunal.

Ainsi le demandeur à l'action en divorce pour discorde doit porter sa demande devant le tribunal compétent et sa requête doit satisfaire aux conditions de recevabilité des actions en justice.

Quant à la juridiction ayant à statuer sur la demande de divorce pour discorde, elle doit veiller à l'accomplissement des différentes formalités de notification des parties et notamment les tentatives de réconciliation, que ce soit par le juge lui-même ou l'un des procédés extra judiciaires de réconciliation.

L'examen de ce chapitre sera divisé en deux sections, l'une sera consacrée aux différentes conditions exigées pour initier la procédure de divorce pour discorde par le conjoint demandeur, et la seconde section aura pour objet le déroulement de la procédure devant le tribunal, notamment les formalités de réconciliation des époux, d'où :

- ✓Section première : Initiation de la procédure de divorce pour discorde.
- ✓Section seconde : Les formalités de réconciliation dans la procédure de divorce pour discorde.

SECTION PREMIÈRE : INITIATION DE LA PROCÉDURE DE DIVORCE POUR DISCORDE

La procédure de divorce pour discorde commence par la demande de l'un des époux tendant soit au règlement d'un différend l'opposant à son conjoint, soit à la dissolution, pure et simple, du mariage.

Pour que l'action en divorce pour discorde soit valable et valide, elle doit être portée devant l'une des sections de justice de la famille créées au sein des tribunaux de première instance compétent territorialement. Et la requête qui en est l'objet doit satisfaire à certaines conditions de recevabilité en la forme. Ces conditions tiennent à l'objet de la demande, mais aussi aux parties à l'action.

Il sera question dans cette section, de deux paragraphes le premier sera consacré à l'ouverture de l'action en divorce pour discorde, et le second aura pour objet, les parties à l'action en divorce pour discorde.

Paragraphe premier : L'ouverture de l'action en divorce pour discorde

L'action en divorce pour discorde, comme toute action judiciaire est l'acte volontaire par lequel l'un des époux s'adresse à la justice pour obtenir la dissolution du mariage.

En effet il incombe au demandeur de choisir le tribunal compétent, mais aussi de dresser la requête de divorce recevable en la forme.

Ainsi nous examinons dans un premier point de ce paragraphe le tribunal compétent pour statuer sur l'action en divorce pour discorde, et dans un second point nous étudions ses conditions de recevabilité.

A. Le tribunal compétent

La compétence juridictionnelle en matière familiale est l'aptitude du tribunal à connaître d'un procès relevant du contentieux familial²⁸⁵ y compris les actions en divorce pour discorde.

Ainsi la législation marocaine d'une part et simultanément à la mise en vigueur du nouveau code de la famille, a créé au sein des tribunaux de première instance, des sections de la justice de la famille²⁸⁶ ayant à connaître exclusivement des affaires relatives au droit de la famille²⁸⁷, d'autre part organise la compétence territoriale en matière familiale par des règles particulièrement protectrices de l'épouse et l'enfant²⁸⁸.

En effet nous examinons dans un premier point les nouveautés liées à la particularité des sections de justice de la famille, et dans un second la particularité des règles de compétence territoriale en matière de divorce.

I. Les sections de la justice de la famille

L'organisation judiciaire marocaine avait opté pour le seul tribunal de première instance comme juge de droit commun et

285- Idrisse ALAOUI EL ABDELLAOUI, Le traité de procédure civile, éd. Annajah eljadida, Casablanca, 1998.

-Abdellah BOUDAHRAIN, Droit judiciaire privé au Maroc, société d'édition et de diffusion Almadariss, collection connaissances juridiques, 5ème édition, Casablanca 2010.

286- La loi numéro 72-03 promulguée par le dahir n 1-04-23 du 03 février 2004 modifiant et complétant le Dahir du relatif à l'organisation judiciaire du royaume.

287- ZEAZAA Abdelmalek, Les formalités procédurales dans la justice de la famille, revue Al Forquane, Casablanca, n 5, 2004.

288- L'article 212 du Code de procédure civile tel que modifié et complété par la loi numéro 72-03 sus indiquée, qui dispose que : « La requête en divorce judiciaire est présentée dans les formes ordinaires au tribunal de première instance du lieu du domicile conjugal ou du domicile de l'épouse ou du lieu de conclusion du contrat de mariage. »

- Najib CHAWKI, Les particularités de la compétence territoriale des sections de la justice de la famille, revue marocaine des droits, Rabat, n 4, 2007.

compétent en toutes les matières²⁸⁹ sauf quelques affaires d'intérêt minimales²⁹⁰.

Néanmoins ce principe de la compétence générale du tribunal de première instance a été assoupli par la création des juridictions spécialisées²⁹¹.

En effet ledit tribunal de première instance reste compétent en toute matière sauf exception prévue par un texte spécial, et par voie de conséquence, il est compétent pour connaître des actions relevant du statut personnel en général et du divorce en particulier.

Les dispositions accompagnant le nouveau code de la famille ont apporté une nouvelle théorie consistant en la création des sections de la justice de la famille, aux quelles sont confiées toutes les actions ayant rapport avec le droit de la famille et de l'état civil²⁹².

Toutefois la création de ces sections au sein des tribunaux de première instance ne manque pas de susciter certaines remarques²⁹³, en ce sens que chacune des chambres du tribunal peuvent instruire et statuer sur toutes les affaires quoiqu'elle soit leur nature²⁹⁴. Alors que la

289- En effet l'article 18 de code de procédure civile de 1974 énonce que : « Sous réserve de la compétence spéciale attribuée aux juges communaux et aux juges d'arrondissements, les tribunaux de première instance connaissent de toutes les affaires civiles, les affaires de statut personnel, commerciales, administratives et sociales, soit en premier ressort, soit à charge d'appel...etc. »

290- Qui sont de la compétence des juridictions communales et d'arrondissements et qui viennent d'être abrogées et remplacées par la justice de proximité.

La loi numéro 42-10, B.O n 5975 du 05 septembre 2011.

291- Création de tribunaux administratifs par la loi n° 41-90 du 10/09/1993, de juridictions de commerce par la loi n° 53-95 du 12/02/1997, et enfin des cours d'appel administratives par la loi n 16-06 du 17 avril 2007.

292- Alinéa 5, de l'article 2 du dahir du 15/07/ 1974, relatif à l'organisation judiciaire, tel que modifié et complété par la loi ci-dessus indiquée.

293- Abdelaziz HADRI, Justice de la famille : renouvellement et ses limites, article publié dans un ouvrage collectif : Le code de la famille après une année d'application, diffusion Majmouat albaht fi alkanoun wa alousra, n 1, Faculté de Droit d'Oujda, 2005.

294- L'article 2 du dahir sur l'organisation judiciaire du 15 juillet 1974 modifié et complété par la loi n 73-03, dispose que : «toute chambre peut instruire et juger les affaires

reformant apportant cette nouvelle instance revient sur cette règle en mettant ainsi les sections de la justice de la famille à mi chemin entre une juridiction à part entière et une simple chambre interne du tribunal de première instance. Ce qui pose la question sur la nature juridique de la répartition de la compétence entre les sections de la justice de la famille et les autres chambres du tribunal de première instance. En d'autres termes, les rapports entre les dites sections et les autres chambres du même tribunal, sont ils des rapports de compétence d'attribution, et par conséquent on leur applique les règles procédurales de compétence d'attribution, ou encore une simple répartition interne des affaires entre les différentes chambres du tribunal de première instance dont la section de la justice de la famille est une chambre particulière.

La lettre des textes est inconciliable avec les principes fondamentaux de la procédure civile²⁹⁵, dans le sens où les nouvelles dispositions de l'article 2/6 du dahir sur l'organisation judiciaire²⁹⁶ exceptent des attributions des chambres du tribunal de première instance toutes les matières relatives au droit de la famille. Or une telle disposition impérative devait entraîner l'incompétence des autres chambres du tribunal de première instance en matière familiale, ce qui ferait appel au jeu des règles des déclinatoires de compétence²⁹⁷, ce qui est juridiquement inconcevable au sein d'un même tribunal.

soumises au tribunal qu'elle qu'en soit leur nature, à l'exception des affaires relevant des sections de la famille. »

²⁹⁵-Alaoui EL ABDELLAOUI, Le traité de procédure civile, op.cit,

-Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, précis de Procédure Civile, op cit.

²⁹⁶- L'alinéa 6 de l'article 2 du Dahir sur l'organisation Judiciaire, modifié par la loi n 72-03 indiquée ci-dessus.

²⁹⁷-Rabia BOUSSAHMAIN, La répartition des compétences entre les différentes juridictions du premier degré en droit marocain, Mémoire de D.E.A, Université de Perpignan via Domitia, 2003-2004.

- Mohamed ELGACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour discorde, op. cit.

La doctrine est divisée sur cette question, ainsi pour certains ²⁹⁸ il s'agit là d'une nouvelle conception de compétence d'attribution qui doit être considérée d'ordre public. Alors pour d'autres²⁹⁹, l'exception d'incompétence ne peut être soulevée au sein des composants d'un même tribunal, et la répartition des attributions entre la section de la justice de la famille et les autres chambres n'a aucun caractère d'ordre public et doit être conçue comme une réglementation interne au tribunal.

A notre avis le législateur, en créant les sections de justice de la famille, a pour souci de confier de droit de la famille au personnel qualifié, mais aussi doté de moyens matériels importants³⁰⁰. Et ce pour permettre à ces affaires d'être traitées dans des conditions appropriées, tout en évitant de créer des juridictions de famille indépendantes.

La réforme législative a eu principalement pour objectif d'améliorer les conditions du déroulement des affaires familiales, loin des complexités juridiques et procédurales résultant du jeu des règles de compétence.

Ainsi la règle énoncée par l'article 2 susvisé qui excepte de la compétence des autres chambres du tribunal de première instance les affaires du droit de la famille, est vidée de contenu, par l'absence d'une sanction procédurale à sa violation³⁰¹ d'une part, mais aussi par la possibilité de transformation de toutes chambres du tribunal de première instance en section de justice de la famille, puisque le personnel est commun pour les différentes chambres et sections du même tribunal de première instance, ce qui est tout à fait logique dans

²⁹⁸-Najat CHADLI, Le divorce pour discorde règle ou exception, Mémoire de fin de stage, Institut supérieur de la magistrature, 2007-2009.

²⁹⁹- Mohamed ELGACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour discorde, op. cit.

³⁰⁰- Omar LAMINE, Le code de la famille après une année d'application, Article publiée dans un ouvrage collectif: Almoudawana daàma li alousra almaghribia almoutawazina, ministère de la justice, Rabat, n 8, 2006.

³⁰¹- En ce sens qu'une décision relevant du droit de la famille ne peut pas être annulée du seul fait qu'elle est rendue par une chambre du tribunal de première instance autre que la section de la justice de la famille.

le sens où la répartition des affaires entre les chambres et les sections du tribunal ne dépend pas de la volonté du justiciable, et est une mission du président du tribunal³⁰².

II. La particularité des règles de compétence territoriale en matière de divorce

Le principe en matière de compétence territoriale, est la compétence du tribunal du domicile du défendeur à l'action³⁰³.

Pour souci de simplifier, faciliter³⁰⁴ ou encore protéger³⁰⁵, la partie présumée faible, le législateur prévoit des exceptions à cette règle de compétence territoriale. Ainsi et dans le cadre de la spécificité des affaires de statut personnel en général et celles de divorce en particulier s'inscrit l'article 212 du code de procédure civile dérogeant à la règle de la compétence du tribunal du domicile du défendeur, tel que modifié et complété par les dispositions³⁰⁶ accompagnant la mise en vigueur du nouveau code de la famille.

Il en découle que l'action en divorce pour discorde est de la compétence territoriale de l'un des tribunaux du lieu du domicile conjugal, du lieu du domicile de l'épouse ou du lieu de conclusion de l'acte de mariage. Toutefois les règles de compétence territoriale ne relèvent pas de l'ordre public³⁰⁷ et par voie de conséquence ne peuvent

³⁰²-L'article 31 du C.P.C dispose que : «Immédiatement après l'enregistrement de la requête, le président du tribunal désigne, selon les cas, un juge rapporteur ou un juge qui sera chargé de l'affaire ».

³⁰³- L'article 27 du C.P.C énonce que: « La compétence territoriale appartient au tribunal du domicile réel ou élu du défendeur... »

³⁰⁴-C'est le cas par exemple de la compétence du tribunal du lieu de l'immeuble objet du litige (alinéa premier de l'article 28 du C.P.C)

³⁰⁵- C'est le cas du domicile du demandeur en matière de la pension alimentaire (alinéa 3 de l'article 28 du C.P.C)

³⁰⁶-La loi numéro 72-03 sus-indiquée.

³⁰⁷- Khadija HAYZOUNI, Les formalités de la répudiation et du divorce entre la lettre du texte et les problématiques de la pratique, article publié dans un ouvrage collectif : Kadaya alousra min khilal ijthadat almajlis alaala, khamsouna san min alamal alkadayi, ed. Aloumnia, Rabat, 2007.

pas être soulevées d'office par le tribunal³⁰⁸, et doivent être l'objet d'un déclinatoire de compétence qui doit satisfaire à certaines conditions.

En effet l'exception incompétence territoriale doit être soulevée par la partie intéressée, avant toute défense au fond de l'affaire, mais aussi le défendeur doit déterminer le tribunal compétent sous peine d'irrecevabilité de son exception³⁰⁹ le tribunal peut statuer sur le déclinatoire de compétence par une décision distincte, ou joindre l'incident au fond³¹⁰.

A la lumière des dispositions de l'article 128 du nouveau code de la famille rendant les décisions de divorce, définitives on se pose la question de la valeur juridique des formalités procédurales régissant l'action en divorce en général, et des règles de compétence territoriale en particulier, en ce sens que ces règles seraient théoriques en l'absence de toutes voies de recours contre les décisions prononçant le divorce pour raison de discorde³¹¹.

Un cas de jurisprudence avait tenté de donner un sens juridique à ces règles. Ainsi la cour d'appel³¹² d'Eljadida avait infirmé le jugement de divorce rendu par le tribunal de première instance de la même ville pour violation des règles de compétence territoriale.

Toutefois si cette solution a fait respecter les règles de compétence territoriale, elle a méconnu les dispositions explicites de l'article 128 susvisé.

Sur un autre plan l'action en divorce pour discorde peut se dérouler d'office devant le tribunal ayant à statuer sur la demande du

³⁰⁸ - L'article 16 du C.P.C.

³⁰⁹ - Abdellah BOUDAHRAIN, Droit Judiciaire privé, op.cit.

³¹⁰ - L'article 17 du C.P.C

³¹¹ - Rachid MECHKAKA, Le code de la famille après un an de son application, revue Mahkama, T P I de Remani, n 5, 2005.

³¹² - C A d'Eljadida, du 17 mai 2006 dos 314/2006, inédit.

mari et qui tend à l'autorisation de la polygamie³¹³, mais aussi dans tous les cas où l'action en divorce pour discorde est l'objet d'une demande reconventionnelle³¹⁴.

B. La requête en divorce pour discorde

La demande de divorce pour discorde est une procédure purement judiciaire, et soumise aux conditions légales de recevabilité des actions en justice³¹⁵. D'abord pour déclencher l'action il faut en présenter une demande en bonnes et dues formes³¹⁶. Ensuite cette demande doit être accompagnée de certains documents inhérents à la particularité de son objet, mais aussi et surtout aux effets auxquels donne lieu le divorce. Enfin si la condition de l'obligation de s'acquitter de la taxe judiciaire ne pose aucun problème pour l'action en divorce initiée par le mari, alors, cette question est controversée pour les demandes en divorce pour discorde présentées par les épouses.

Ainsi nous examinons en trois points successifs, le contenu de la demande en divorce pour discorde, d'une part, d'autres les pièces jointes à la dite demande, et en dernier lieu il sera question de la taxe judiciaire.

³¹³ - Hassan AJMI, La polygamie et la discorde à la lumière des dispositions de l'article 45 du code de la famille, article publié dans un ouvrage collectif : *Kadaya alousra min khilal ijthadat almajlis alaala, khamsouna san min alamal alkadayi*, ed. Aloumnia, Rabat, 2007.

³¹⁴ - L'article 15 du C P C prévoit que « Le tribunal connaît de toutes les demandes reconventionnelles ou en compensation qui, par leur nature ou leur valeur, sont dans les limites de sa compétence. »

³¹⁵ - L'article 212 du C.P.C « la requête en divorce judiciaire est présentée dans les formes ordinaires... »

- Mohamed BOUFOUSS, *Droit Judiciaire privé et procédure civile au Maroc*, dar alqalam, Rabat, 1ère ed., 2007.

- Mohamed EL GACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, *Le divorce pour discorde*, op cit.

³¹⁶ - A excepter le seul cas où le tribunal applique d'office la procédure de discorde, quand le mari persiste à demander l'autorisation de polygame et l'épouse refuse d'y consentir (article 45, dernier alinéa).

I. Le contenu de la demande en divorce pour discorde

Pour déclencher une action judiciaire recevable, la requête introductive doit contenir certaines informations déterminées par le code de procédure civile.

Ainsi la procédure devant le tribunal de première instance est en principe écrite, sauf les exceptions prévues et dont font partie les actions en divorce judiciaire qui sont soumises à la procédure orale³¹⁷.

Il en résulte que la demande de divorce pour discorde peut être présentée écrite, mais aussi sous forme d'une déclaration faite par le demandeur à l'agent du secrétariat greffe qui la reçoit dans un procès-verbal. Quoi qu'il en soit la demande ou le procès-verbal introductif d'instance doit contenir les indications énoncées par l'article 32 du code de procédure civile qui dispose que « *les requêtes ou procès-verbaux de déclaration doivent indiquer les noms, prénoms, qualité ou profession, domicile ou résidence du défendeur, ainsi que s'il y a lieu les noms, qualité et domicile du mandataire du demandeur.* »

En outre des informations, ci-dessus, exigées par le droit commun pour les demandes en justice, le nouveau code de la famille³¹⁸ exige pour les demandes d'autorisation de répudiation des informations ayant trait au nombre des enfants, leur âge, leur état de santé et leur situation scolaire, ainsi que les preuves établissant la situation matérielle du mari et ses obligations financières.

³¹⁷ - Ainsi l'article 45 de C.P.C dispose que « sont applicables devant les tribunaux de première instance les règles de la procédure écrite applicables devant la cour d'appel.

Cependant, la procédure est orale dans les affaires ci-après

Affaires que les tribunaux de première instance connaissent en premier et dernier ressort.

Affaires de pension alimentaire, de divorces sous contrôle judiciaire et de divorces judiciaires...etc. »

- Abdellah BOUDAHRAN, Droit Judiciaire privé, Op.cit.

- Mohamed BOUFOUSS, Droit Judiciaire privé et procédure civile au Maroc, Op.cit.

- Abdessalm ZOUIR, Le code de la famille annoté, Op.cit.

³¹⁸ - L'article 80 du N.C.F énonce « La demande d'autorisation de faire constater l'acte de divorce doit contenir l'identité, la profession, des conjoints et le nombre d'enfant s'il y a lieu, leur âge, leur état de santé et leurs situation scolaire. »

A notre avis l'exigence de ces informations doit être étendue aux demandes du divorce pour discorde puisqu'elles tendent aux renseignements sur la situation de la famille en vue de la détermination des effets résultant de la dissolution du mariage, ces effets qui sont les mêmes aussi bien pour le divorce pour discorde que pour la répudiation, et ce en vertu des renvois législatifs aux effets de la répudiation³¹⁹.

Sur un autre plan la demande de divorce pour discorde doit, pour produire ses effets procéduraux, indiquer les faits qui en constituent l'objet³²⁰ et notamment le litige formant la discorde entre les époux ou qui risque d'y aboutir. Il va de soi que les dispositions régissant le divorce pour discorde sont généralement invoquées explicitement, mais les juridictions ne sont pas trop exigeantes sur le point des motifs de la demande, car dès l'enregistrement de la requête, les époux sont convoqués, et leurs déclarations sont contenues dans les procès-verbaux de l'audience, ce qui comble les manques des faits et autres informations exigées pour la recevabilité de l'action.

II. Les pièces jointes à la demande de divorce

Le demandeur à l'action en divorce pour discorde doit annexer à sa requête les pièces dont il entend se servir. Ainsi les pièces jointes ayant rapport avec la recevabilité de l'action en divorce pour discorde, peuvent être regroupés en trois catégories, d'abord la preuve de la qualité de l'époux demandeur, ensuite la preuve de la situation matérielle du mari, et enfin les documents ayant rapport avec les enfants.

Ainsi la preuve de la qualité de l'époux se fait par l'acte adoulaire de mariage³²¹, mais aussi par une décision judiciaire cognitive du mariage dans le cas où des circonstances impérieuses ont empêchées

³¹⁹ - L'article 97 de N.C. F qui renvoi aux articles 83,84 et 85, du même code, relatifs aux effets matériels de la répudiation.

³²⁰ - Le second alinéa de l'article 32 du C.P.C

³²¹ - Ainsi l'article 16 du N C F dispose que: « Le document de l'acte de mariage constitue la preuve valable du mariage. »

l'établissement dudit acte³²². Il est à noter que la preuve solennelle du rapport de mariage est une condition sine qua non de recevabilité de l'action en divorce, et ne peut pas être jointe au fond.

L'aboutissement de la demande de divorce pour discorde, donne lieu à la dissolution du mariage, ce qui débouche sur des effets pécuniaires. Ainsi pour permettre au tribunal d'apprécier les effets matériels découlant du divorce, le nouveau code de la famille oblige le demandeur à produire la preuve de la situation matérielle du mari, c'est-à-dire son revenu et ses obligations financières³²³.

En effet la situation matérielle du mari et ses obligations financières s'établissent généralement par des fiches de paie, des attestations de salaires, de pension, des états d'engagement, des relevés bancaires et éventuellement des contrats de crédit. Toutefois la plupart des justiciables n'est pas en mesure de produire des attestations administratives de revenus, vu le nombre élevé des secteurs d'activités non structurés, notamment le secteur agricole. Ils se limitent alors à l'établissement d'un acte sous seing privé, contenant déclaration sur l'honneur.

Enfin la demande de divorce pour discorde doit être annexée des actes d'état civil établissant le nombre des enfants et leur âge, des certificats de scolarité pour déterminer le niveau scolaire de chacun d'eux dans le but de l'appréciation des charges financières incombant au mari, ainsi que l'état de santé des enfants nécessitant l'établissement d'un certificat médical de chacun d'eux. Cependant le texte est beaucoup

³²²- Tahar KERKRI, La procédure de l'établissement du mariage dans le code de la famille, G T M, barreau de Casablanca, n 105, 2006.

- Ait Lhaj MARZOUKI, La preuve par écrit dans le code de la famille (établissement de l'acte de mariage et les problèmes qui s'y attachent), article publié dans un ouvrage collectif: Moudawana alousra bayna annas wa almomaraça, diffusion de la faculté de Droit de Marrakech, n 25, 2006.

-Mohamed ELGHACHBOUR, Traité de statut personnel, op.cit

³²³- Le second alinéa de l'article 80 du N.C.F dispose que « Le document établissant le mariage est joint à la demande, ainsi que les preuves établissant la situation matérielle de l'époux et ses obligations financiers. »

plus loin de la réalité³²⁴, en ce sens que la situation matérielle d'un nombre important de couples ne leur permet pas de faire ces visites médicales, voire que leurs enfants ne sont pas enregistrés dans les registres de l'état civil. Conscientes de cette discordance entre les textes et la réalité, les juridictions ne sont pas trop exigeantes sur la production de ces documents, et se suffisent aux déclarations des époux, consignées dans les procès-verbaux des audiences, pour apprécier les effets matériels de la dissolution du mariage.

III. Le paiement de la taxe judiciaire

La justice est un service public qui obéit au principe de la gratuité, mais cela n'empêche pas que le recours à ce service engendre certains frais. Et le principe de la gratuité signifie seulement que les plaideurs n'ont pas à payer les juges³²⁵. En effet les frais de la justice³²⁶ constituent l'une des recettes importantes pour le budget de l'Etat, par voie de conséquence la loi impose l'acquittement de la taxe judiciaire³²⁷ et en fait une condition de recevabilité de l'action. Ainsi l'annexe numéro 1 de la loi de finance de 1984, relative aux dispositions applicables aux frais de la justice en matière civile, commerciale, et administrative, et remplaçant le décret royal portant loi numéro 851-65 du 22 octobre

³²⁴ - Mostafa ABOUMALEK, Les enjeux sociologiques du code de la famille, revue marocaine de droit et d'économie de développement, Faculté de droit de Casablanca, n 50, 2004.

³²⁵ - Abdellah BOUDAHRAIN, Droit Judiciaire privé au Maroc, op.cit

³²⁶ - Les frais de la justice sont:

- Les droits fiscaux: droits de timbre et d'enregistrement perçus sur les actes de procédure.....

- Les redevances perçues par les agents du secrétariat greffe au profit du trésor public.

- Les droits de plaidoirie au profit de la caisse du barreau.

- Les émoluments des officiers ministériels (par ex: les huissiers de justice).

- Les honoraires de plaidoirie et consultation des avocats.

³²⁷ - L'article 25 de l'annexe 1 de la loi des finances du 27 avril 1984 : « Si la demande est d'un montant indéterminé, il est perçu :

- 1- S'il s'agit d'une demande qui en raison de sa nature, ne peut être chiffrée (obligation ou défense de faire ou de remettre une chose, exequatur d'un jugement étranger, demande relative à l'état des personnes, etc.)

Devant le tribunal de première instance : 150 dirhams.

- 2- S'il s'agit d'une demande d'une valeur indéterminée mais déterminable :

Devant le tribunal de première instance: 150 dirhams.....»

1966, réglemente la perception des frais de la justice et détermine les montants à percevoir sur chaque demande, acte judiciaire ou extra judiciaire, sous peine d'irrecevabilité de la demande ou d'inaccomplissement de l'acte³²⁸. Toutefois les dispositions de la dite loi, exonèrent certains demande de ce paiement³²⁹.

En effet si la requête en divorce pour discorde présentée par le mari ne pose aucun problème quant à l'obligation de s'acquitter de la taxe judiciaire. La controverse est vive quant aux demandes émanant des épouses³³⁰. Ainsi l'article 2 de l'annexe susvisée excepte des demandes assujetties à l'acquittement de la taxe judiciaire, les actions relatives au statut personnel présentées par les femmes divorcées ou délaissées.

Certaines juridictions se fondent sur une interprétation libérale de cette disposition³³¹ pour dispenser la femme demanderesse en divorce pour discorde de l'acquittement de la taxe judiciaire, tandis que d'autres tribunaux³³² usant d'une application littérale dudit texte, exigent le

³²⁸ - Les articles 5 et 9 de l'annexe 1 de la loi des finances du 27 avril 1984, réglementant les frais de justice en matière civile, commerciale et administrative.

Pour plus d'informations voir :

- Abdellah BOUDAHRAIN, Droit judiciaire prive, op.cit

³²⁹ - A titre d'exemple les demandes tendant au paiement de la pension alimentaire.

Pour plus d'informations voir :

- Azzedine ELMAHI, L'acquittement de la taxe judiciaire devant les sections de justice de la famille, article publié dans un ouvrage collectif : moudawana alousra bayna annas wa almomaraça, diffusion de la faculté de droit de Marrakech, n 25, 2006.

³³⁰ - Mohamed BAFAKIR, Les affaires de la famille et les taxes judiciaires, études judiciaires, ed. Annajah aljadida, Casablanca, volume 5, 2006.

³³¹ - T P I de Khouribga, n 58/07 du 21/06/2007, dos. 55/07

- T P I de Ouad Zem, n 256/08 du 21/05/2008, dos. 247/08

- T P I d'Abiljaad, n 160/07 du 18/10/2007, dos. 147/07

- T P I d'Oujda, n 640/04 du 16/03/2004, dos. 387/03

Décisions publiées dans: N. CHADLI, Le divorce pour discorde règle ou exception, op.cit

³³² - T P I de Fès, n 72/07 du 08/01/2007, dos. 1003/2/2006

- T P I de Casablanca, n 2132/08 du 25/03/2008, dos. 1337/55/2008

- T P I de Larache du 08/04/2008, dos. 289/25/07

Décisions publiées dans : N. CHADLI, Le divorce pour discorde règle ou exception, op.cit

paiement de la taxe judiciaire sur toutes les requêtes tendant au divorce pour discorde, sous peine d'irrecevabilité de l'action.

Cette controverse est alimentée par l'ambiguïté des critères adoptés par le législateur pour exonérer la femme demanderesse du paiement de la taxe judiciaire, en ce sens que tantôt il se réfère à l'objet de la demande pour l'excepter du paiement de la taxe, tantôt à la situation familiale de la demanderesse divorcée ou délaissée. Or la femme délaissée pourrait avoir un sens juridique qui se réfère au divorce pour délaissement, mais aussi un sens plus large c'est-à-dire abandonnée.

Quoi qu'il en soit, et vu la restriction du champ d'intervention de la cour suprême³³³, le législateur doit intervenir d'urgence pour mettre fin à ce faux débat qui ne peut déboucher que sur une perte de temps et d'intelligence.

Paragraphe deuxième : Les parties à l'action en divorce pour discorde

Comme toute action en juste, la procédure de divorce pour discorde suppose un demandeur. Ainsi les deux époux où l'un d'eux demande au tribunal de régler le différend entre eux.

En effet la procédure de discorde ne peut être initiée que par les parties au pacte conjugal. Néanmoins les dispositions de l'article 3 du nouveau code de la famille faisant du ministère public, partie principale dans toutes les actions visant l'application de ses dispositions, peut laisser entendre, le droit du ministère public d'exercer l'action en divorce pour discorde.

Ainsi nous divisons cette sous-section en deux points, le premier sera consacré à l'étude de la condition des époux dans la procédure de divorce pour discorde, et le second aura pour objet le ministère public dans la dite procédure.

³³³ - Puisque les justiciables n'exercent pas de recours contre les jugements d'irrecevabilité pour ce motif, vu le montant de la taxe.

A. Les époux dans l'action en divorce

Pour être recevable en la forme, l'action en justice doit être intentée par ceux qui ont qualité, intérêt et capacité pour agir³³⁴. Ainsi les époux seuls ont la qualité pour requérir du tribunal le règlement du différend qui les oppose et qui risque d'aboutir au divorce pour discorde.

En effet la qualité des époux d'ester en justice, comme condition principale de recevabilité de la demande de divorce pour discorde est tirée de l'acte de mariage, en ce sens que les dispositions qui constituent le fondement de l'institution de divorce pour discorde donnent explicitement aux conjoints et à eux seuls ce droit :

« Si les époux ou l'un d'entre eux, demande au tribunal de régler un différend les opposant et qui risque d'aboutir à la discorde...³³⁵. »

Ainsi le législateur fait de l'action en divorce pour discorde une action particulière et précise les personnes auxquelles est attribué ce droit, contrairement aux actions judiciaires en général où la qualité pour agir est l'un des aspects de l'intérêt³³⁶.

Il en va de même pour la condition de l'intérêt, qui existe dès que l'un des conjoints cherche par le biais de l'action en divorce pour discorde, à combattre le différend constituant la discorde, soit par la dissolution du mariage soit par la réconciliation.

La capacité de jouissance est l'une des conditions indispensables pour que la personne juridique exerce ses droits. Ainsi l'exercice de

³³⁴ - L'article premier du C.P.C dispose que : « Ne peuvent ester en justice que ceux qui ont qualité, capacité et intérêt pour faire valoir leurs droits ».

- Abdellah BOUDAHRAIN, Droit judiciaire prive, op.cit

³³⁵ - L'article 94 du N.C.F

³³⁶ - Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure Civile, op.cit

L'action judiciaire en général et de divorce en particulier, nécessite que l'époux demandeur ait la majorité légale³³⁷.

Cependant le juge de la famille peut autoriser le mariage de la fille ou du garçon n'ayant pas atteint l'âge de majorité³³⁸, et dans ce cas là et pour éviter toute restriction dans l'exercice de l'un des mineurs de ses droits découlant de l'acte de mariage, le législateur du nouveau code de la famille adopte l'ancienne règle jurisprudentielle³³⁹ en émancipant le conjoint pour tout ce qui résulte de l'acte de mariage, ainsi l'article 22 du nouveau code dispose que « *les conjoints mariés, conformément aux dispositions de l'article 20 ci-dessus, acquièrent la capacité civile pour ester en justice pour tout ce qui concerne les droits et obligations résultant du mariage...* » Toutefois cette émancipation est strictement limitée aux effets non matériels de l'acte de mariage, et ne concerne en rien les charges financières qui peuvent être supportées par le conjoint mineur, et c'est au tribunal de les déterminer, ainsi que les modalités de paiement, et c'est ce qui ressort du second alinéa du même article ci-dessus « *le tribunal peut, à la demande de l'un des conjoints ou de son représentant légal, fixer les charges financières qui incombent au conjoint concerné et leur modalité de paiement.* »

Par conséquent les époux ont la capacité de demander en justice le divorce pour discorde même s'ils n'ont pas encore atteint l'âge de majorité légale, mais le conjoint mineurs ne peut pas acquiescer, ni désister et encore moins transiger sur tout ce qui est relatif à ses charges financières ou ses droits matériels.

Sur un autre coté, les époux ou l'un d'entre eux, ayant seuls la qualité de demander le divorce pour discorde, mais ils ne peuvent le faire à titre personnel.

³³⁷ - L'âge de majorité légale exigée a été unifié au Maroc dans tous les domaines: civil, électoral, pénal...etc. et déterminé à dix huit ans comme le prévoit l'article 209 du N C F.

³³⁸ - L'Article 20 du N.C.F dispose que : « Le juge de la famille chargé du mariage peut autoriser le mariage du garçon et de la fille avant l'âge de capacité prévu à l'article 19 ci-dessus, par décision motivée précisant l'intérêt et les motifs justifiant ce mariage.....etc. »

³³⁹ - C S, 26 décembre 1989, rapporté par: Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, Op.cit.

- IBN JOZAY, AL KAWANINE AL FIOHIA, dar alfikr.

Ainsi les dispositions réglementant la profession d'avocat, donnent à ceux-ci le monopole de la représentation en justice³⁴⁰, en ce sens que le demandeur ne peut intenter l'action en divorce qu'en étant représenté par un avocat. Toutefois certaines décisions de justice³⁴¹ déclarent recevables les demandes de divorce présentées à titre personnel par les époux en se basant sur le caractère oral de la procédure de divorce. Mais à notre avis, l'oralité de la procédure n'a aucun rapport avec l'obligation d'être représenté par un avocat, en ce sens que, ni les actions dont la procédure est orale, ni les affaires de divorce, ne figurent parmi les exceptions à la règle de monopole de représentation attribué aux avocats.

B. Le ministère public dans l'action en divorce

Le ministère public est le représentant de la société, ayant pour mission principale, le déclenchement et l'exercice de l'action publique³⁴².

Toutefois, d'importantes³⁴³ prérogatives lui sont accordées dans le domaine de la procédure civile. En effet le ministère public peut agir en tant que demandeur ou défendeur dans des cas expressément prévus par la loi³⁴⁴ mais aussi il peut intervenir dans l'action civile en tant que

³⁴⁰ - L'article 32 de la loi sur la profession d'avocat, n 28-08 du premier décembre 2008.

³⁴¹ - T P I d'Imintanoute, 03 novembre 2010, dos. 147/2010, inédit.

- T P I d'Imintanoute, 21 juillet 2010, dos. 161/2009, inédit.

- T P I d'Imintanoute, 28 juillet 2010, dos. 58/2010, inédit.

³⁴² - L'article 39 du C P P dispose que « Le procureur du roi représente en personne ou par ses substituts le ministère public et exerce dans le ressort du tribunal de première instance près duquel il est désigné, sous le contrôle du procureur général du roi, l'action public soit d'office, soit sur la plainte de toute personne lésée..... »

Pour plus amples informations voir :

- Mourad BOUSSETTA, Principes élémentaires de la procédure pénale marocaine, imprimerie alwatania, Marrakech, 2ème ed, 2006.

³⁴³ - EL GHAZOUANI CHERKAOUI Nouredine, L'intervention du ministère public dans les actions civiles, Mémoire de DES, Faculté de Droit, Université Mohamed V, éd. Association de développement des recherches et études judiciaires.

³⁴⁴ - L'article 7 du C.P.C dispose que: « Le ministère public agit d'office comme demandeur ou défendeur dans des cas expressément prévus par la loi... »

- Abdellah BOUDAHRAN, Droit judiciaire prive, op.cit

partie jointe, soit dans les affaires légalement communicables³⁴⁵, soit dans celles où le tribunal ordonne d'office qu'elles lui soient communiquées³⁴⁶, mais aussi le ministère public peut prendre connaissance de toutes les causes dans les quelles il croit son intervention nécessaire³⁴⁷.

Le nouveau code de la famille apporte une innovation d'ordre procédural dans son article 3 en faisant du ministère public partie principale dans toutes les actions visant l'application de ses dispositions. Mais cette disposition n'a pas eu à voir le jour sans difficultés d'application³⁴⁸, puisque le législateur, modifiant et complétant l'article 9 du code de procédure civile, y maintient toujours la qualité du ministère public comme partie jointe dans toutes les affaires relatives au droit de la famille.

Pour répondre aux questions posées par l'intervention du ministère public dans les actions en divorce pour discorde, il faut analyser, d'une part, la réglementation législative de son intervention dans les affaires de la famille en général, et, d'autre part, les positions doctrinales et jurisprudentielles suscitées par ces dispositions.

I.La réglementation législative

Les affaires relatives au statut personnel sont parmi les matières énumérées par l'article 9 du code de procédure civile de 1974, et qui doivent être communiquées au ministère public partie jointe dans toutes ces affaires. Cette disposition continue toujours d'y figurer après la

³⁴⁵-Serge GUINCHARD et Jean VINCENT, Précis de procédure civile, op.cit

³⁴⁶- L'alinéa 13 de l'article 9 du C.P.C dispose: « Le tribunal peut ordonner d'office cette communication. »

³⁴⁷- L'alinéa 12 de l'article 9 du C.P.C énonce: « Le ministère public peut prendre connaissance de toutes les causes dans les quels il croit son intervention nécessaire »

³⁴⁸- Abdelkarim TALEB, Le ministère public dans le code de la famille: compétences et problématiques, Revue almontada, montada albaht alkanouni, Marrakech, n 5, 2005.

- Touhami ELKAYDI, Lecture critique de certains articles du code de la famille, revue Albouhout, Rabat, n 5, 2006.

- Mohamed NEJARI, Certains problèmes posés par le code de la famille au niveau de la pratique, revue mahkama, T P I de Remani, n 4, 2004.

réforme de 2004 accompagnant l'entrée en vigueur du nouveau code de famille avec une petite retouche concernant le changement de la dénomination, en ce sens que les affaires relatives au statut personnel, ont été remplacées par les affaires de la famille.

D'un autre côté le code de la famille dispose dans son article 3 que « *le ministère public est partie principale dans toutes les actions visant l'application des dispositions du présent code.* » D'où le ministère public est partie principale dans toutes les affaires relatives à l'application du nouveau code selon ledit article, mais aussi, il est partie jointe aux termes de l'article 9 du code de procédure civile. Or les deux dispositions sont inconciliables du fait que les effets résultant de la qualité d'intervention du ministère public différent³⁴⁹ selon qu'il agit de partie jointe ou partie principale.

En effet, il découle de l'intervention du ministère public comme partie jointe, certains effets juridiques inhérents à sa nature de partie objective³⁵⁰, en ce sens que l'intégralité du dossier de l'affaire lui est renvoyé pour l'examiner et y verser ses conclusions écrites ou orales, s'il est représenté à l'audience, puisqu'il n'y est pas obligé, et sa présence à l'audience, lorsqu'il est partie jointe, est purement facultatives³⁵¹. Mais aussi le ministère public, quand il n'est pas partie principale, ne peut exercer les voies de recours même contre des décisions contraires à ses conclusions. Enfin il peut être récusé au même titre que le juge du siège et pour les mêmes motifs. En revanche l'intervention du ministère public comme partie principale, en fait une partie à part entière en ce sens que toutes les formalités de procédure doivent lui être notifiées ainsi que les décisions de justice contre les quelles il exerce les différentes voies de

³⁴⁹ - Serge GUINCHARD et Jean VINCENT, Précis de procédure civile, Op. Cit.

³⁵⁰ - Mohamed HOUMEIR, Cours de procédure civile dispensée aux étudiants de deuxième année du second siècle, Faculté de Droit de Marrakech, 2000/2001.

³⁵¹ - C'est ce qui ressort des termes de l'article 10 du C P C, cependant la présence du ministère public à l'audience est toujours obligatoire devant la cour de cassation (article 10 du code de l'organisation judiciaire du 15/07/1974)

- Hafida TOUTA, Le rôle du ministère public dans le domaine familial, op.cit

- Abdellah BOUDAHRAIN, Droit judiciaire privé au Maroc, op.cit

recours³⁵², sa présence à l'audience est obligatoire sous peine de nullité³⁵³, et le magistrat représentant du ministère public partie principale ne peut en aucun cas être récusé³⁵⁴.

Ces différences extrêmes entre partie principale et partie jointe, font apparaître l'intérêt de détermination de la qualité d'intervention du ministère public dans les actions en divorce pour discorde, les dispositions de l'article 9 du code de procédure civile énoncent que :

«Doivent être communiquées au ministère public, les causes suivantes :

1-.....

2- Celles concernant la famille....»

Or les affaires de la famille sont celles qui entraînent l'application du droit de la famille dont l'une des principales branches, sont les dispositions régissant le divorce, contenues dans le code de la famille. d'un autre côté l'article 3 dudit code fait du ministère public partie principale dans toutes les actions visant l'application de ses dispositions, d'où le ministère public est au même temps partie principale et parti jointe dans les actions en divorce pour discorde, ce qui débouche sur des situations juridiques contradictoires et donnent lieu à des controverses jurisprudentielles et doctrinales.

II.Les positions jurisprudentielles et doctrinales

Les dispositions inconciliables du code de procédure civile et du nouveau code de la famille quant à la qualité de l'intervention du

³⁵² - L'article 7 du C P C dispose que: «il (le ministère public) dispose de toutes les voies de recours à l'exception de l'opposition. »

³⁵³ - Dans ce cas le ministère public fait partie de la formation du tribunal régie par des dispositions d'ordre public en l'occurrence la loi sur l'organisation judiciaire. Pour plus amples informations :

- Idrisse ALAOUI ELABDALLAOUI, Traité de procédure civile, op.cit

³⁵⁴ - L'article 299 du C P C dispose que: « Les causes de récusation relatives aux magistrats du siège sont applicables aux magistrats du ministère public lorsqu'ils sont parties jointes ; ils ne sont pas récusables lorsqu'ils sont parties principales.»

ministère public dans les affaires du droit de la famille en général et dans celles relatives au divorce pour discorde plus particulièrement, ont suscité des divergences quant à leur interprétation. En effet deux lectures en ont été dégagées³⁵⁵. D'une part la lecture qui donne une certaine suprématie aux dispositions procédurales contenues dans le code de procédure civile, sur celles contenues dans le code de la famille. D'autre part un courant qui s'attache à la lettre des deux textes.

En effet, les partisans de la première interprétation soulignent que le ministère public n'agit comme partie principale que dans les cas expressément prévus par un texte législatif, y compris le code de la famille, car le ministère public ne peut pas être partie principale dans toutes les affaires qui se déroulent devant les sections de la justice de la famille dont la majorité sont des dossiers de la pension alimentaire et de divorce³⁵⁶. Et il était préférable, selon eux, que l'article 3 du nouveau code se contente d'énoncer que le ministère public est partie dans toutes

³⁵⁵ - Abderrazak NAJI, Le rôle du ministère public dans les affaires de la famille, résultats et obstacles, Article publié dans un ouvrage collectif : moudawanat alousra baada amin min attatbik, manchourat majmouat albaht fi kanouni al ousra, n 1, Faculté de Droit d'Oujda, 2005.

- Abdelali MOUMNI, Pratique et réalité du ministère public à la lumière de l'article 3 du code de la famille, Revue alkostas, barreau de Meknès, n 5, 2005.

³⁵⁶ -Hafida TOUTA, Le rôle du ministère public dans le domaine familial, op, cit

- AHMED Nahid, L'intervention du ministère public à la lumière du code de la famille, revue Al mouhami, numéro double 44-45.

- HANDAZ Aziza, Le rôle du ministère public dans le code de la famille, Article publié dans un ouvrage collectif, Almoudawana daamat alousra almaghribia almoutawazina, ministère de la justice, Rabat, n 8, 2006.

- WAHABI Youssef, Les compétences du ministère public dans le code de la famille, Revue almilaf, Eljadida, n 3, 2004.

- MASLOUHI Fatima, Le code de la famille quel rôle pour la justice, revue almasalik, n 4, 2004.

- BENABDENNABAOUI Mohamed, Le rôle du ministère public dans la justice de la famille, Article publié dans un ouvrage collectif : min moudawanat alahwal achakhsia ila moudawanat alousra ayo jadid, travaux de journée d'étude organisée par l'association al hodn, Casablanca, 2005.

les affaires du droit de la famille, en s'abstenant de toute qualification principale ou jointe³⁵⁷.

Le deuxième courant considère le ministère public partie principale dans toutes les actions relatives aux dispositions du nouveau code de la famille³⁵⁸, ce qui veut dire selon cette vision que le ministère public est au même temps partie principale et partie jointe dans les actions en divorce pour discorde.

Ces deux interprétations ont influencé la pratique du ministère public au sein des sections de la justice de la famille, mais aussi les décisions de la justice rendue en la matière. En effet les premières audiences tenues par les dites sections, après l'entrée en vigueur du nouveau code se sont caractérisés par la présence des représentants du ministère public, en application de l'article 3, mais ça n'a pas duré longtemps dans certaines juridictions³⁵⁹ où les ministères publics considèrent leur intervention, dans les affaires de la famille, régie par les dispositions de l'article 9 du code de procédure civile, et versent des conclusions écrites³⁶⁰, après être saisis par l'intégralité du dossier, mais aussi s'abstiennent de l'exercice des prérogatives accordées à la partie principale dont essentiellement les voies de recours.

En revanche les ministères publics dans d'autres³⁶¹ juridictions se comportent comme partie principale et continuent l'assister

³⁵⁷ - Ahmed NAHID, L'intervention du ministère public à la lumière du code de la famille, op.cit

³⁵⁸ -Soufiane DRIOUCH, Le rôle du ministère public dans les affaires de la famille, revue du palais, n 9, septembre 2004.

- SAKHRI Mohamed, L'intervention du ministère public dans la justice de la famille, article publié dans un ouvrage collectif: al ayyam adirassia du code de la famille, ministère de la justice, n 5, Rabat, 2004.

- Watabb ERRAFA, Le ministère public à la lumière du code de la famille, revue almilaf, Eljadida, n 6, 2005.

³⁵⁹ -Principalement les sections de la justice de la famille des circonscriptions judiciaires de Rabat et Marrakech :

- Hafida TOUTA, Le rôle du ministère public dans le domaine familial, Op.cit.

³⁶⁰ -L'exemple de conclusions écrites versés dans les affaires de la famille.

³⁶¹ -Principalement les sections de la justice de la famille des juridictions des circonscriptions judiciaires de la cour d'appel de SAFI.

régulièrement aux audiences tenues par les sections de la justice de la famille au sein des dites juridictions³⁶².

Sur un autre plan l'interprétation jurisprudentielle des dites dispositions a pris l'image des divergences doctrinales, ainsi il était dit dans une décision³⁶³ : « l'exception soulevée par le représentant de la défenderesse selon la quelle, l'action devrait être intentée contre le ministère public en tant que partie principale comme le prévoient les dispositions de l'article 3 du code de la famille, doit être rejetée du fait que la qualité du ministère public dans les actions tendant à l'application du code de la famille, est régie par deux textes législatifs en conflit que sont d'une part l'article 3 du code de la famille énonçant que le ministère public est partie principale dans les affaires de la famille, et d'autre part les dispositions de l'article 9 du code de procédure civile ordonnant à ce que les affaires de statut personnel soient communiquées au ministère public. Et que ce conflit appelle l'usage des règles d'interprétation selon lesquelles, si deux textes simultanées sont en conflit, la règle procédurale contenue dans la loi de forme doit se prévaloir sur celle contenue dans la loi de fond et par conséquent, il échet de rejeter l'exception soulevée... »

D'autres décisions³⁶⁴ ont adopté ladite interprétation, en négligeant les énonciations de l'article 3.

³⁶² - C A de Meknès, 25 septembre 2007, dos. 2675/8/2006.

- C A de Ouarzazate, 30 avril 2008, dos. 45/2008.

- T P I de Berchid, 18 février 2008, dos. 5756/13/2007.

- T P I de Errachidia, 17 avril 2006, dos. 75/3/2006.

- T P I de Zagoura, 17 avril 2008, dos. 39/2007.

Jurisprudence publiée dans : revue justice de la famille, ministère de la justice ; n 4-5, Rabat, Février 2009.

³⁶³ - T P I de Marrakech, n 2086 du 22 juillet 2004, dos. 1332/8/2004, rapporté par Hafida TOUTA, Le rôle du ministère public dans le domaine familiale, Op.cit.

³⁶⁴ - C A de Tanger, 22 mai 2008, dos. 257/2007.

- T P I de Larache, 25 septembre 2007, dos. 359/2005.

- T P I de Khounifra, 02 mai 2007, dos. 577/53/2006.

- T P I de Midelt, 28 mai 2007, dos. 175/2007.

Jurisprudence publiée dans: revue justice de la famille, ministère de la justice ; n 4-5, Rabat, Février 2009.

Cependant, d'autres juridictions appliquent littéralement l'article 3, et notifie au ministère public toutes les affaires du droit de la famille, y compris celles du divorce pour discorde, en tant que partie principale.

A notre avis il s'agit là d'un conflit entre deux dispositions procédurales de même degré, simultanément mises en vigueur, et relatives à l'appareil du ministère public dont l'un des principaux caractères est la hiérarchie, et par voie de conséquence, il n'aurait pas dû avoir de divergences dans le comportement des délégués ministères publics dans l'application de ces textes.

Par ailleurs ces deux dispositions devraient être interprétées d'une façon qui tient compte du rôle et de la philosophie de l'intervention du ministère public en tant que partie principale dans le procès civil et la nature purement privée de l'action en divorce pour discorde.

En effet le ministère public agit comme partie principale dans le cas expressément prévus par la loi³⁶⁵. Et ces cas se caractérisent généralement par la protection d'un ordre nécessitant l'intervention de l'état par le biais du ministère public, cet ordre public se rapporte à des institutions publiques dont l'exemple éloquent est l'état civil où il est toujours partie principale. Par contre toutes les actions tendant à la protection d'un intérêt purement privé ne nécessitent pas une intervention du ministère public en tant que partie principale, mais peuvent lui être communiquées selon les cas et la situation des parties³⁶⁶.

De par ce raisonnement le ministère public ne peut être que partie jointe dans les actions en divorce pour discorde, car l'affaire elle-même se rapporte à un litige entre deux individus. Certes que l'action en divorce pour discorde est réglementée par des dispositions d'ordre public, mais c'est ce qui justifie que toutes les affaires de droit de la famille sont communicables et le ministère public y intervient comme partie objective.

³⁶⁵ - Les dispositions explicites de l'article 7 du C P C.

³⁶⁶ - Le cas des affaires relatives aux incapables, ou aux personnes assistées par un représentant légal, les affaires concernant les personnes présumées absentes.....etc.

De plus rien ne justifie d'octroyer au ministère public la qualité de partie principale dans les actions en divorce pour discorde. Bien au contraire cela aurait pour effet d'encombrer les époux et la justice par des notifications et des formalités qui se répercuteraient mal sur la célérité et la rapidité que cherche tout le monde.

Alors nous partageons l'avis de la doctrine³⁶⁷ qui préconise, qu'en l'attente d'une intervention législative pour supprimer le qualificatif « principal » dont est question dans l'article 3 dudit code, les ministères publics doivent réunifier leurs positions au niveau de toutes les juridictions, et notamment appliquer les dispositions du code de procédure civile qui régissent profondément et intégralement l'intervention du parquet dans l'action civile.

³⁶⁷ - Abdelali MOUMNI, Pratique et réalité du ministère public à la lumière du code de la famille, op cit

SECTION SECONDE : LES FORMALITÉS DE RÉCONCILIATION DANS LA PROCÉDURE DE DIVORCE POUR DISCORDE

Les formalités de réconciliation dans la procédure de divorce est une étape indispensable à la légalité de la procédure. Ces formalités visent à convaincre les époux de revenir sur leurs attitudes et leurs positions en vue de rétablir une vie conjugale paisible. Ce qui ne peut se faire que par la dissipation du litige les opposant.

Pour ce faire le législateur prévoit un certain nombre de procédés de réconciliation, dont la phase judiciaire est la plus importante, puisqu'elle permet de saisir les faits du litige et de connaître la position de chacun des époux.

Des procédés extra judiciaires sont prévus pour aider le juge dans sa mission de réconcilier les époux en litige.

Ainsi nous divisons cette section en deux paragraphes, dans un premier nous examinons la phase judiciaires de la réconciliation des époux en instance du divorce pour discorde, et dans un second nous étudions les procédés extrajudiciaires de réconciliation.

Paragraphe premier : La phase judiciaire de la réconciliation des époux

La réconciliation judiciaire est un des effets de la compétence exclusive de la justice dans la dissolution du mariage par la volonté des époux. Le nouveau code de la famille accorde à la juridiction qui doit statuer sur la demande de divorce pour discorde des pouvoirs étendus pour rétablir la vie conjugale paisible entre les conjoints. Cette démarche est obligatoire et d'ordre public³⁶⁸.

³⁶⁸- Samir AIT OURJDAL, La réconciliation dans les actions de répudiation et de divorce dans le code de la famille, Article publié dans un ouvrage collectif : moudawan alousra bayna annas wa al moumarasa, diffusion de la faculté de Droit de Marrakech, n 25, 2006.

Ainsi il sera intéressant d'examiner dans un premier temps, l'évolution de la procédure de réconciliation avant l'édition du nouveau code et dans un second temps, il sera question des nouvelles dispositions régissant les formalités de réconciliation judiciaire.

A.L'évolution de la procédure de réconciliation avant la promulgation du nouveau code

Le verset coranique fondement du divorce en droit musulman, instaure une vraie procédure de réconciliation des époux en litige inspirant ainsi les différents rites de droit musulman³⁶⁹. Mais aussi les droits positifs des pays musulman dont le code de statut personnel marocain de 1957.

Néanmoins la question de la tentative de réconciliation est très controversée en matière de répudiation qui ne nécessite pas une procédure ou un préalable à la déclaration verbale de la formule de « TALAQ » par le mari.

Ainsi et pour raison de différences énormes entre les deux institutions, nous traitons dans un premier point, la réconciliation en matière de répudiation avant le nouveau code de la famille, et dans un second point il sera question de la procédure de réconciliation dans l'action en divorce.

I.La réconciliation en matière de répudiation avant le nouveau code

Etant une déclaration verbale et unilatérale du mari la répudiation ne nécessitait, avant la réforme du code de statut personnel au Maroc du 10 septembre 1993, aucun procédé préalable, voire aucune

- Idriss AJOUILIL, Les nouveautés du code de la famille dans la procédure de discorde entre époux, Article publié dans un ouvrage collectif, moudawanat alousra almoustajaddat wa alabàad, diffusion de la faculté de Droit de Meknès, n 3, 2004.

369-Du moins les rites sunnites qui reconnaissent le divorce,

Pour plus amples informations :

- IBN KAYYIM ALJAOUZIA, ZAD ALMOUAD FI KHAYRI HADYI AL IBAD, Op.cit

- IBN ROCHD ALQORTOBI, BIDAYAT AL MOUJTAHID WA NIHAYAT AL MOUKTASID, Op.cit.

procédure. Puisque il suffisait que le mari prononce verbalement la formule de répudiation pour que le mariage se dissolve immédiatement³⁷⁰. Certes il doit procéder à l'instrumentation de l'acte de répudiation par deux Adouls, mais cela n'était que pour des raisons de preuve, et n'avait aucun incident sur la répudiation qui produisait ses effets à partir de son prononcée par le mari. Le législateur de 1993, sous la pression de certaines associations féminines, cherchant à limiter les abus dont les femmes étaient l'objet, avait soumis la répudiation à une autorisation et une démarche, dont l'objectif était principalement de porter à la connaissance de l'épouse l'acte de son mari. Cette démarche se déroulait devant le magistrat chargé de notariat traditionnel (Adouls) qui est le chef hiérarchique des adouls, seuls compétents de recevoir et dresser les actes de répudiation.

En effet la réforme de 1993 prévoyait pour la première fois la convocation de l'épouse, mais aussi une tentative de réconciliation³⁷¹

³⁷⁰- C'est vrai que la dissolution dont est question est révocable, mais c'est une dissolution du lien conjugal. Pour plus d'informations voir :

- Mohamed ELGACHBOUR, Traité de statut personnel, Op.cit.

³⁷¹- L'ancien article 179 du C.P.C modifié et complété par la loi accompagnant les réformes de C.S.P du 10 septembre 1993, prévoyait que : «Avant d'autoriser la répudiation, le juge est tenu de procéder à une tentative de conciliation entre les époux, par tous moyens qu'il estime appropriés, notamment en dépêchant deux arbitres à cet effet. Ceux-ci doivent s'assurer des causes de la mésentente entre les deux époux et déployer leurs efforts en vue de la conciliation.

En cas de conciliation, les deux arbitres consigner l'accord dans le rapport qu'ils soumettent au juge; dans le cas contraire, ils mentionnent les causes de la mésentente dans leur rapport. Lorsque le juge autorise la répudiation, il fixe le montant du cautionnement que le mari doit déposer à la caisse du tribunal ; ce dépôt doit avoir lieu avant la réception par les adouls de la déclaration de répudiation ; ce cautionnement est destiné à garantir l'exécution des obligations prévues à l'alinéa suivant.

Lorsque le juge homologue un acte de répudiation, il rend d'office une ordonnance par laquelle il fixe la pension alimentaire de la femme pendant la retraite de continence, le lieu où est effectuée cette retraite, le don de consolation dû à l'épouse évalué compte tenu du préjudice éventuel subi par elle, si la répudiation n'est pas justifiée, l'ordonnance fixe également le paiement de l'arriéré de la dot, la pension alimentaire des enfants et régit le droit de visite du père. Cette ordonnance est exécutoire sur minute et n'est susceptible d'aucun recours.

Il appartient à la partie qui s'estime lésée par cette ordonnance de saisir la juridiction dans les formes ordinaires. »

que doit accomplir le magistrat chargé du notariat qui ne devait autoriser aux adouls d'instrumenter l'acte de répudiation qu' après avoir tenté de réconcilier les deux époux, et sa tentative restée infructueuse.

Toutefois ces formalités n'avaient pas une grande ampleur puisqu'elles se déroulaient dans le cadre d'une procédure qui n'était pas purement judiciaire, ce qui écarte toute notion de voie de recours ou de sanction d'inobservation de la dite formalité.

Sur un autre plan, l'objectif de ces formalités n'était pas vraiment d'éliminer le litige opposant les époux puisque la dissolution du mariage est déjà prononcée par le mari en déclarant la formule de répudiation, mais c'était juste de contrecarrer la pratique des répudiations à l'insu des épouses.

II. La tentative de réconciliation dans les actions en divorce avant le nouveau code

Le divorce, contrairement à la répudiation, est une procédure purement judiciaire et contradictoire. Et le mariage se dessous par la décision du juge, seul compétent pour prononcer le divorce³⁷².

En droit musulman la procédure de divorce doit, préalablement et obligatoirement, passer par une formalité de réconciliation déterminée par le verset coranique instituant la discorde³⁷³.

En effet la réconciliation en droit musulman se fait par la désignation de deux arbitres l'un de la famille de l'épouse, l'autre de la famille du mari. Ces deux arbitres doivent déployer tous leurs efforts pour dissiper et éliminer le conflit et faire aboutir la réconciliation entre les conjoints.

³⁷²- C'est l'avis adopté par le code de statut personnel de 1957.

³⁷³- Le verset 35 de la Sourate des Femmes fondateur du divorce pour discorde, ci-dessus cité.

Avant la codification des règles régissant le divorce au Maroc. Le juge appliquait la procédure ainsi indiquée par le verset coranique, selon la conception qu'en fait le rite malékite. Cependant le code de 1957 codifiait différemment ladite procédure en laissant au juge la liberté totale dans le choix du procédé de réconciliation qu'il juge utile et approprié pour convaincre les époux en conflit. Et ne l'obligeait à recourir à la désignation des arbitres que dans le cadre de la procédure de divorce préjudice, si l'épouse n'arrivant pas à établir le préjudice et renouvelle sa plainte. A ce moment là le juge doit procéder à la désignation de deux arbitres des familles de chacun des conjoints, et tranche l'affaire à la lumière de leur rapport.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence de la cour suprême³⁷⁴, ne cesse de souligner que la tentative de réconciliation est d'ordre public et le tribunal ne peut pas s'en passer et les parties peuvent soulever l'exception relative à la formalité de réconciliation en tout état de cause y compris pour la première fois devant la cour de cassation. Voire que celle-ci peut la soulever d'office³⁷⁵.

La doctrine marocaine dans sa majorité³⁷⁶, souligne le caractère impératif et préalable de la tentative de réconciliation dans le cadre des dispositions de l'article 212 du code de procédure civile. Mais certains

³⁷⁴ - C S n° 370 du 18/10/1978 dos. n : 661, rapporté par Mohammed EL GACHBOUR, Traité de statut personnel, op. cit, p. 344 :

« Attendu que les articles 212 du C.P.C et 56 du C.S.P font, de la tentative de réconciliation des époux, une formabilité préalable que le juge doit accomplir et constater la réconciliation ou la non réconciliation selon l'article 56 de la moudawana .

Arrêt C S 12 septembre 1983, Revue ALKADAF WA AL KANOUN N° 133 et 134

C.S, arrêt n 164 du 19/04/1980, « , la formalité de réconciliation est d'ordre public..... » rapporté par Mohamed EL GHACHBOUR, Traité de statut personnel, op.cit.

C.S du 24 Janvier 1972, revue jurisprudence de la cour suprême n: 24.

³⁷⁵ - C S, du 16 novembre 1993, revue AL Miayar n : 20 ou il était dit : « En se référant à l'arrêt contesté et aux documents du dossier, il s'avère que le tribunal n'a pas accompli la formalité prévue par l'article 56, ce qui est une violation à ses dispositions. Et le tribunal n'a pas fondé légalement sa décision en la rendant ainsi... »

³⁷⁶ - Mohamed EL GACHBOUR, Traité de statut personnel, op, cit.

- Mohamed CHAFI, Le code de la famille: répudiation et divorce, Op.cit.

- Ahmed EL KHAMLICHI, TAALIK ALA KANOUN AL AHWAL ACHAKHSIA, Op.cit.

auteurs³⁷⁷ critiquent l'application qu'en fait la cour suprême en la rendant obligatoire aussi bien en première instance qu'en phase d'appel.

B. La réconciliation judiciaire dans l'action en divorce

Les dispositions régissant le divorce pour discorde renvoient à la procédure de réconciliation prévue pour la répudiation, dont est question dans les énonciations des articles 82 et 83 du nouveau code. Il ressort de ces dispositions que la comparution personnelle des époux aux audiences de réconciliation est indispensable pour l'accomplissement de cette formalité préalable. Ainsi et pour cet objectif le nouveau code de la famille prévoit³⁷⁸ dans ses détails les règles de notification et de convocation des époux en instance, tout en les entourant de sanctions procédurale et pénales.

Le renvoi explicite à la procédure de réconciliation prévue pour la répudiation doit traduire implicitement l'application des dites dispositions de notification à la procédure de divorce pour discorde, puisqu'elles sont édictées principalement pour garantir la présence personnelle des époux aux séances de réconciliation tenues par le tribunal. Mais aussi pour garantir au maximum les droits de la défense des époux dans la procédure de dissolution du mariage qui n'obéit à aucune condition de preuve à savoir la répudiation et le divorce pour discorde³⁷⁹.

Dès lors que les époux comparaissent, ou légalement convoqués, le tribunal dispose d'une grande liberté dans le choix du procédé de réconciliation approprié. En effet, et pour raison de la particularité et l'importance des règles de convocation des époux à la séance de

377- Ahmed EL KHAMLI, TAALIK ALA KANOUN AL AHWAL ACHAKHSIA, Op.cit.

- Mohamed EL GACHBOUR, Traité de statut personnel, op, cit.

378- L'article 81 du N.C.F

- Samir AIT OURJDAL, La réconciliation dans les actions de répudiation et de divorce dans le code de la famille, Op. cit

³⁷⁹- Ce raisonnement n'est pas applicable aux autres voies de divorce puisque la preuve du motif de divorce est une condition indispensable pour dissoudre le lien conjugal. Voir plus haut, la seconde section du premier chapitre de la première partie.

réconciliation , nous allons en faire l'objet d'un premier point, et la mission de réconciliation des époux proprement dite sera l'objet du second point.

I.La réglementation légale de la convocation des époux à l'audience de réconciliation

Le législateur renvoie à la procédure de réconciliation prévue pour la répudiation, sans renvoyer explicitement aux règles de convocation prévues pour ladite procédure. Mais ça va de soi, puisque la volonté du législateur est d'étendre toute la procédure de répudiation à celle de divorce pour discorde. Réalisant ainsi une certaine égalité des voies procédurales entre les époux³⁸⁰.

En effet le tribunal doit procéder à la convocation des époux dès l'enregistrement de la requête de divorce, et ce pour fin de réconciliation. Si le mari reçoit personnellement la convocation et ne comparait pas, il est réputé avoir renoncé à sa demande³⁸¹.

Ainsi et en dépit des règles de procédure civile n'exigeant pas la notification personnelle des parties à l'instance³⁸², la procédure de divorce nécessite la remise de la convocation à l'audience de réconciliation en main propre³⁸³. Néanmoins la question de la sanction procédurale en cas où le mari n'a pas reçu la convocation personnellement reste poser. Autrement quelle serait l'attitude du tribunal si le mari demandeur reçoit la convocation à l'audience de réconciliation, par l'intermédiaire d'un tiers et ne comparait pas.

A notre avis le tribunal doit le convoquer une autre fois jusqu'à ce qu'il touche la convocation personnellement.

³⁸⁰-Cela paraît dans plusieurs dispositions communes à ces deux modes de dissolution de l'acte de mariage: les droits dus, la procédure de réconciliation....etc.

³⁸¹-L'article 80 du N.C.F

³⁸²-L'article 39 du C.P.C

³⁸³-Lahcen BOUYAKINE, Les nouvelles dispositions de notification dans le code de la famille, ouvrage collectif, diffusion de l'université Moulay Ismail, Meknès, minbar aljamia, n 5, 2004.

-Abdessalam ZOUIR, Le code de la famille annoté, Op. cit

- Mohamed CHFI, Le code de la famille: répudiation et divorce, Op.cit.

Cependant si c'est l'épouse qui ne comparait pas même qu'elle a reçu personnellement la convocation et ne communique pas non plus de conclusions écrites. Le tribunal la met en demeure par l'intermédiaire du ministère public³⁸⁴.

Dans tous les cas le tribunal applique la procédure de désignation du curateur, prévue par le code de procédure civile³⁸⁵, à chaque fois que l'adresse ou la résidence de l'épouse est inconnue.

Sur un autre plan, le nouveau code prévoit de sanctions pénales qui seraient applicables à l'époux qui a usé des manœuvres frauduleuses, en ce sens qu'il aurait indiqué une fausse adresse de l'épouse dans le dessein de la priver d'exercer ses droits de la défense.

Ces dispositions législatives suscitent certaines remarques, d'une part elles traitent différemment et inégalement les deux époux, d'autre part, le texte use des termes mari et épouse et non du demandeur et défendeur.

Ainsi le traitement inégal des deux époux sur le plan des formalités de notification s'explique par le souci du législateur de porter à la connaissance de l'épouse l'attitude de son mari. Mais ne se justifie plus du moment que le nouveau code apporte la voie de divorce pour discorde, que peut emprunter également chacun des deux conjoints. De plus les nouvelles dispositions devraient user des termes demandeur et défendeur, car il est applicable dans la procédure de divorce pour discorde. Et que chacun des deux conjoints peut être demandeur ou défendeur, voire que tous les deux pourraient être demandeurs.

³⁸⁴ - Le deuxième alinéa de l'article 80 du N C F.

³⁸⁵ - C'est une procédure prévue par l'article 39 du C P C qui dispose que : «Dans tous les cas où le domicile et la résidence d'une partie sont inconnus, le juge nomme en qualité de curateur un agent du greffe, auquel la convocation est notifiée.

Ce curateur recherche la partie avec le concours du ministère public et des autorités administratives et fournit toutes pièces et renseignements utiles à sa défense, sans que, toutefois, le jugement puisse, en raison de ces productions, être déclaré contradictoire.

Si la partie dont le domicile et la résidence sont inconnus vient à être découverte, le curateur en informe le juge qui l'a nommé et avise cette partie par lettre recommandée, de l'état de la procédure. Son mandat prend fin dès l'accomplissement de ces formalités. »

II. La conciliation proprement dite

Aux termes de l'article 94 du nouveau code de la famille, il incombe au tribunal, dès l'enregistrement de la requête de divorce pour discorde, d'entreprendre toutes tentatives en vue de la réconciliation des époux. Conformément à la procédure prévue pour la répudiation. Selon cette procédure énoncée par l'article 82 auquel renvoient les dispositions régissant le divorce pour discorde, « *si les parties comparaissent la formation du tribunal ouvre les débats en chambre du conseil, y compris l'audition des témoins et de toute autre personne, qu'il juge utile d'entendre.* » Il en ressort que les époux doivent se présenter personnellement à cette première audience de réconciliation³⁸⁶. Ils y exposent leur litige devant la formation du tribunal qui tient son audience à huis clos vu l'intimité de la vie conjugale et les faits qui s'y rapportent. Cela permet à la juridiction la connaissance et la maîtrise du conflit pour être en mesure de le dissiper elle-même, ou décider du procédé approprié pour l'éliminer et rétablir la vie paisible entre les conjoints.

Ainsi le législateur accorde à la formation du tribunal une attribution étendue en la matière³⁸⁷. En ce sens qu'il peut prendre toutes les mesures dont la délégation des deux arbitres, du conseil de la famille ou de qui quiconque qu'il estime qualifier à réconcilier les conjoints. Néanmoins si le couple en conflit a des enfants, le nouveau code rend une seconde tentative de réconciliation obligatoire, entre les époux par les procédés que le tribunal juge adéquats, mais aussi que les deux séances de réconciliation soient espacées de trente jours³⁸⁸.

Ainsi le législateur, se souciant des effets négatifs du divorce sur les enfants, incite le tribunal à déployer plus d'efforts en vue de faire

³⁸⁶ - T P I d'Imintanoute, 07 juillet 2010, dos. 89/2010, inédit.

- T P I d'Imintanoute, 07 juillet 2010, dos. 116/2010, inédit.

- T P I d'Imintanoute, 14 juillet 2010, dos. 118/2010, inédit.

- T P I d'Imintanoute, 14 juillet 2010, dos. 42/2010, inédit.

- T P I d'Imintanoute, 21 juillet 2010, dos. 123/2010, inédit.

³⁸⁷ - Omar LAMINE, L'importance de la tentative de réconciliation entre les époux dans la stabilité de la famille, revue la justice de la famille, Ministère de la justice, Rabat, n 3, 2006.

³⁸⁸ - Les dispositions de l'article 82 du N C F aux quelles renvoi l'article 95.

aboutir la réconciliation des époux et permettre aux enfants de vivre avec leurs parents.

Si le tribunal réussit à éliminer le conflit opposant les époux, par quelque procédé que ce soit, et sous la forme que les époux acceptent, une transaction ou une simple renonciation à la demande de divorce, il établit un procès-verbal et constate ladite réconciliation par une décision non susceptible d'aucune voie de recours³⁸⁹.

Toutefois la tentative de réconciliation, formalité procédurale d'ordre public, ne doit pas être accomplie de façon à satisfaire une simple exigence formelle. Bien au contraire elle doit être exercée pour atteindre l'objectif de rétablissement de la vie conjugale entre les époux en instance.

Malheureusement les statistiques³⁹⁰ officielles publiées par le ministère de la justice, montrent qu'un taux très faibles de cas se termine par la réconciliation, manifestant l'inefficacité de la procédure prévue par le nouveau code de la famille.

A notre avis les vraies raisons de cette inefficacité peuvent être résumées dans, d'une part, l'insuffisance de moyens³⁹¹ matériels et humains, d'autre part l'absence d'une vision claire d'ensemble de l'entité familiale.

En effet la tentative de réconciliation consistant en un dialogue entre le tribunal et les époux en vue de les ramener à de meilleurs sentiments, suppose des moyens matériels et humains appropriés en ce sens que les séances de rapprochements des points de vue des parties doivent se faire dans des locaux aménagés et équipés confortablement,

³⁸⁹ - Les dispositions de l'article 121 du C P C prévoient que « Le juge donne acte aux parties de leur accord concernant le désistement. Cette mesure ne peut être frappée d'aucun recours.... »

³⁹⁰ - Les statistiques des sections de la justice de la famille des années 2008 et 2009 publiées par le ministère de la justice le 12 mars 2010 montrent un taux faible des affaires qui se terminent par la réconciliation.

³⁹¹ - Abdellah OUANNIR, Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille: Perception et pratique judiciaire, Fondation Friedrich Elbert, 2007.

tout en accordant à chaque dossier le temps nécessaire, or les locaux des sections de la justice de la famille et le personnel qui y opère ne permettent pas de telles conditions³⁹².

Mais aussi l'échec des tentatives de conciliation menées par la justice entre les époux en conflit, peut s'expliquer par l'absence d'une vision d'ensemble³⁹³ de la part de l'Etat, en ce sens que l'approche juridique à elle seule ne peut pas résoudre les problèmes conjugaux et familiaux, qui sont généralement d'origine socio-économique voire culturelle.

Il faut que l'approche juridique soit doublée par d'autres approches, notamment sociologique, en vue de l'analyse et la détermination des causes de divorces et les solutions qui leur sont possibles.

Paragraphe deuxième : Les procédés de réconciliation extra judiciaires

Plusieurs sont les procédés de réconciliation extra judiciaire qui interviennent dans le domaine du droit de la famille en général et dans celui de la procédure de divorce pour discorde plus particulièrement.

Ainsi le procédé le plus enraciné en droit musulman est la démarche arbitrale. Mais l'ouverture du droit marocain sur d'autres systèmes juridiques, notamment occidentaux³⁹⁴, fait apparaître d'autres

³⁹² - Mokhtar ELHARRAS et Fatna SERHANE, L'application du code de la famille: acquis et défis, association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, Hexagone.com, 2006.

- Le code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire, direction et coordination Aicha ELHAJJAMI, imprimerie papeterie alwatania, Marrakech, 1ère ed., 2009.

- BOUKASSI Fatimazohra, Du déroulement des audiences à la section de la justice de la famille prés des tribunaux de première instance de Rabat, in le droit de la justice de la famille perception et pratique judiciaire, Op. cit.

³⁹³ - Youssef OUAHABI, La méthodologie du code de la famille dans le traitement des litiges familiaux: en quête de la stabilité familiale, revue almilaf, Eljadida, n 3, 2004.

³⁹⁴ - Notamment français et ce pour des raisons historiques.

procèdes que le législateur traite sur un même pied d'égalité avec les arbitres³⁹⁵.

D'où nous examinons dans un premier point la condition des arbitres (1), et dans un second nous étudions les autres procédés que le législateur intitule ceux qui tiennent lieu des arbitres (2).

A. Les arbitres

L'origine coranique de la désignation des arbitres en fait le moyen de conciliation dominant en droit musulman, et les commentateurs du droit musulman y consacrent de longs développements³⁹⁶.

Il serait judicieux d'examiner dans un premier point, les conditions requises pour la personne des arbitres, et dans un second leur mission propre.

I. Les conditions requises pour la personne des arbitres

Le nouveau code de la famille, comme l'ancien code de statut personnel, a prévu le droit du tribunal de désigner deux arbitres comme un procédé de réconciliation des époux en conflit, sans aucune autre mention, ni condition que doivent remplir ces arbitres.

Néanmoins l'enracinement de la notion de désignation des arbitres entre les époux en litige, en droit musulman, fait qu'elle bénéficie de longs commentaires et les jurisconsultes ont consacré des chapitres volumineux aux conditions et qualités que doivent satisfaire les personnes ayant à exercer la mission de conciliation entre les époux. Ces conditions sont loin de faire l'unanimité des différents rites de droit musulman.

³⁹⁵ - Ainsi le nouveau code de la famille énonce dans son article 96 « les arbitres ou ceux qui en tiennent lieu »

³⁹⁶ - ABI ABDILLAH IBN IDRIS ACCHFII, ALOUM, op.cit
- IBN ALARABI ALMOUAFIRI, AHKAM ALKORAAN, Op.cit
- ALBAGHDADI ALKHAZIN, TAFSIR ALKHAZIN, op.cit
- Ismail ALASTOL, ATTAHKIM FI ACHRIA AL ISLAMIA, Imprimerie annahda alarabia.

S'étant inspiré du rite malékite, le législateur marocain du nouveau code, renvoie pour tout ce qui n'a pas été prévue, dans ledit code, au rite malékite et à l'effort jurisprudentiel qui tient compte de la concrétisation des valeurs de l'islam en matière de justice, d'égalité et de bons rapports de la vie commune.

En effet les arbitres dont est question dans le verset coranique susvisé doivent être, selon le rite malékite³⁹⁷, capables, raisonnables, honnête, justes, libres mais aussi doivent être de sexe masculin parmi les proches des conjoints et ayant un minimum de connaissances en matière de « charaâ » régissant le statut personnel. Toutefois certaines de ces conditions sont restrictives et très difficiles à satisfaire, vu les circonstances de la société marocaine. En ce sens qu'une grande majorité des citoyens sont analphabètes ce qui rend la condition d'un proche ayant la connaissance des règles juridiques réglementant le statut personnel, une qualité utopique. Mais aussi les critères d'appréciation de l'honnêteté et de la justesse ne sont plus comme c'était le cas dans la société musulmane d'autrefois, dans la quelle les échanges culturels étaient sans impact. Or la société actuelle contient des cohabitations de plusieurs cultures, et civilisations.

Il va de soi que certains critères prévus par les malikites sont désuets et ne sont plus opérant comme la liberté qui est un droit naturel que tout le monde en jouit, et ses restrictions relèvent de la loi au sens strict du terme³⁹⁸.

Quant à la condition de masculinité exigée par les rites sunnites dont les malékites, sauf les hanafites, pose un problème d'ordre

³⁹⁷ - Mohamed ELGACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour discorde, op. cit.

- Ali MONTASSIR, L'arbitrage entre les époux en discorde, Op. cit

- Lahcen BENDALI, Le rôle des arbitres dans la prise de décision entre les époux en conflit à la lumière du rite malékite et le code de la famille, revue Addifaa, barreau de Settat, n 10, 2005.

³⁹⁸ - En ce sens que les peines en général et celles privatives de liberté plus particulièrement relèvent du domaine de la loi, selon les dispositions de l'article 71 de la constitution marocaine du premier juillet 2011.

juridique, puisqu'elle contredit la règle constitutionnelle³⁹⁹ d'égalité des sexes.

Néanmoins la doctrine moderne, à l'occasion de l'examen des conditions requises pour la personne des arbitres, critique la condition de masculinité en soulignant que la mise en œuvre de cette condition prive la société de la moitié de ses membres que constituent les femmes et notamment l'apport que pourrait avoir leurs efforts sur la réconciliation des époux, mais aussi que certaines épouses des milieux conservateurs ne peuvent divulguer les causes de leurs litiges en rapport avec leurs intimités qu'aux autres femmes, ce qui démontre l'apport indispensable et l'utilité des femmes dans la mission de réconciliation⁴⁰⁰.

Pour d'autres il faut abolir cette condition qui ne convient plus à la situation actuelle de la société, ni à l'état de la législation notamment le nouveau code de la famille qui se base principalement sur l'égalité des époux⁴⁰¹.

Ainsi certaines législations étrangères se passent de cette condition et prévoient explicitement le droit de la femme d'être désignée pour arbitre entre les époux en litige⁴⁰².

A notre avis plusieurs sont les raisons qui motivent l'inobservation de la condition de masculinité de l'arbitre en droit marocain, d'une part l'état du texte coranique qui en constitue le fondement, d'autre part la législation positive marocaine.

³⁹⁹ - L'article 19 de la constitution marocaine du premier juillet 2011, dispose que : « L'homme et la femme jouissent, à égalité, des droits et libertés à caractère civil, politique, économique, social, culturel et environnemental, énoncés dans le présent titre et dans des autres dispositions de la constitution, ainsi que dans les conventions et pactes internationaux dument ratifiés par le royaume..... »

⁴⁰⁰ - Ali MONTASSIR, L'arbitrage entre les époux en discorde, Op. cit

⁴⁰¹ - Mohamed ELGACHBOUR, Younes ZEHRİ et Hassan FATOUKH, Le divorce pour discorde, op. cit.

⁴⁰² - L'article 7 de la loi égyptienne numéro 25 de l'an 1929 modifiée et complétée par la loi numéro 100 de l'an 1985, ainsi que l'article 15 du manchour charàï soudanais numéro 17 de l'an 1915.

En effet le verset coranique prévoit la démarche de la désignation des arbitres en cas d'une discorde à craindre entre les époux, ne soumet cette formalité à aucune condition ni exigence tenant à la personne des arbitres laissant ainsi la liberté d'appréciation, selon les circonstances de chaque cas d'espèce.

D'autre part les différentes⁴⁰³ constitutions marocaines prévoient explicitement le principe d'égalité de l'homme et de la femme, et c'est là un principe fondant la philosophie⁴⁰⁴ des réformes du nouveau code de la famille. A cela s'ajoute l'ère égalitaire soufflée dernièrement sur le Maroc à travers certains textes législatifs⁴⁰⁵, et positions des pouvoirs publics⁴⁰⁶. D'où se justifient les formulations du dernier article du nouveau code de la famille qui ne s'est pas limité à renvoyer au seul rite malikite, comme c'était le cas sous le code de statut personnel⁴⁰⁷, mais à l'effort jurisprudentiel qui tient compte des valeurs de l'islam en l'égalité, ce qui est à notre avis une permission explicite de se passer de cette condition de sexe⁴⁰⁸.

II. La mission des arbitres

Les jurisconsultes du droit musulman ont pris des positions extrémistes à l'occasion de l'interprétation du verset coranique instaurant la procédure d'arbitrage entre les époux en litige. Et les

⁴⁰³ - Le principe d'égalité de l'homme et de la femme est érigé au Maroc en principe constitutionnel depuis la première constitution de 1962.

⁴⁰⁴ - Selon l'exposé des motifs du N C F.

⁴⁰⁵ - La réforme du code de la nationalité en permettant à la femme de transmettre sa nationalité marocaine à ses enfants pareillement que l'homme. La loi n° 62-06 promulguée par le dahir n° 1-07-80 du 23 mars 2007, B.O. n° 5514 du 5 avril 2007.

⁴⁰⁶ - En mars 2006, une commission ministérielle a approuvé la levée d'un certain nombre de réserves formulées au sujet de conventions internationales concernant le droit des femmes et le droit de la nationalité, que le Maroc a ratifiées ou auxquelles il a adhéré.

⁴⁰⁷ - L'article 29 du C.S.P qui énonçait que : « Pour tout ce qui n'a pas été prévu par le présent code, il conviendra de se reporter à l'opinion la mieux fondée ou la plus connue du rite malékite, où à la jurisprudence qui y a cours »

⁴⁰⁸ - La jurisprudence commence à se passer de cette condition de masculinité en désignant des arbitres femmes: T P I de SAFROU n° 53, dos. 867/2004 du 26/01/2005, rapporté par Nadia CHADLI, Le divorce pour discorde règle ou exception, op cit.

législations positives de statut personnel relatives à l'arbitrage et la réconciliation entre les époux en conflit, ont pris la forme des divergences et controverses des jurisconsultes de droit musulman.

En effet certains pays musulmans comme la Jordanie et l'Egypte ont adopté l'arbitrage entre les époux comme un moyen de réconciliation permettant aux arbitres de procéder à toutes les démarches leur facilitant de saisir le litige et d'en trouver une solution réunifiant les époux⁴⁰⁹.

D'autre pays, en revanche, et en plus de la mission de réconciliation attribuée aux arbitres, leur reconnaissent des pouvoirs étendus de décider du sort de la relation conjugale⁴¹⁰.

Le droit marocain s'est mis à mi chemin entre ces deux positions. D'une part il énonce la démarche arbitrale comme un procédé de réconciliation parmi d'autres, et d'autre part il reconnaît aux arbitres le pouvoir de se prononcer sur la part de responsabilité de chacun des époux dans la cause du litige les opposant.

Ainsi la mission principale des arbitres est la réconciliation des époux. Pour mener à bien leur mission les arbitres procèdent par prendre connaissance des faits qui ont provoqué le litige et tentent de le dissiper et trouver un terrain d'entente entre les époux. Ce qui ne peut se faire que par des arbitres ayant une certaine autorité morale sur les conjoints mais aussi leur confiance.

Les arbitres doivent être dotés d'un pouvoir de conviction et de persuasion qui tient compte du niveau intellectuel et social⁴¹¹ des époux pour pouvoir proposer des projets de transactions appropriés au litige et pouvant convaincre les conjoints à y mettre fin.

⁴⁰⁹ - Voir plus haut le premier chapitre.

⁴¹⁰ - Principalement le droit algérien.

⁴¹¹ - Yahia BEKKEY, Le rôle des arbitres dans la réconciliation entre l'ambition de la loi et les obstacles de la pratique, article publié dans un ouvrage collectif: code de la famille après un an d'application, op.cit.

Si les arbitres réussissent à convaincre les époux de reprendre leur vie conjugale sur quelque base que ce soit, le législateur les invite à élaborer la réconciliation sous la forme d'un document, écrit et signé par les époux et les arbitres, en trois exemplaires⁴¹².

Néanmoins la réalité quotidienne des juridictions ne tient pas compte de ces dispositions encombrantes. Et se limite à constater la réconciliation des conjoints dans le procès-verbal de l'audience. Cela s'explique principalement par le taux très élevé de l'analphabétisme dont souffre la société.

En revanche, si la tentative de réconciliation des époux n'aboutit pas et chacun d'eux tient à sa position initiale, le législateur apporte une nouvelle disposition laissant entendre la compétence des arbitres de décider de la responsabilité de l'un ou de l'autre des époux. Ainsi il énonce que « *en cas de désaccord des arbitres sur le contenu du rapport ou sur la détermination de la part de responsabilité de chacun des époux...*⁴¹³ », le contenu de cette disposition est aberrant sur plus d'un point, en ce sens que ses formulations accordent incidemment aux arbitres le pouvoir de décider de la part de chacun des époux, sans déterminer la nature de la décision des arbitres, ni sa force probante, ni ses motifs. Or une telle attribution nécessite des détails législatifs qui pourraient éclairer le chemin des arbitres, mais aussi du tribunal.

Sur un autre plan, la position du législateur semble être ambiguë, en ce sens qu'il n'a pas opté sur ce point de la mission des arbitres à un rite ou un autre, mais à une solution qui ne tient compte d'aucun des rites sunnites. Ainsi il adopte la procédure d'arbitrage comme un procédé de réconciliation facultatif, puisque le tribunal peut opter pour d'autres procédés alternatifs, et ne reconnaît aux arbitres aucun pouvoir de décision sur la dissolution de l'acte de mariage, et au même temps leur permet de se prononcer sur la responsabilité de l'un ou l'autre des époux de la cause du divorce.

⁴¹² - L'article 95 du N C F.

⁴¹³ - L'article 96 du N C F.

B. Les substituts des arbitres

Le législateur du nouveau code de la famille prévoit une diversité des procédés de réconciliation extra judiciaire, et laisse au tribunal la liberté totale de choisir le procédé appropriée à chaque cas d'espèce. Ainsi il prévoit parmi ces procédés le conseil de la famille qu'il bénéficie d'un texte réglementaire (1) mais cela n'empêche pas le recours à d'autres personnes publiques ou privées pour l'accomplissement de cette formalité, qu'il désigne d'autres personnes qualifiées à réconcilier les époux(2).

I. Le conseil de la famille

Le droit de statut personnel marocain ne connaissait pas l'institution du conseil de la famille avant les réformes de 1993 qui consacraient sa première apparition⁴¹⁴. Le nouveau code de la famille reconduit cette institution en lui confiant une mission générale de consultation en toutes les matières relatives au droit de la famille⁴¹⁵.

Toutefois le nouveau code se limite à indiquer le conseil de la famille dans certaines de ses dispositions, tout en renvoyant quant à sa composition et sa mission aux textes réglementaires⁴¹⁶.

En effet le décret déterminant sa composition et ses missions a vu le jour le 14 juin 2004 et aux termes duquel l'instance du conseil de la famille comprend le juge en sa qualité de président et le père et la mère ou tuteur, mais aussi quatre membres désignés par le juge à égalité du côté de la mère et du père ou des deux conjoints le cas échéant. La compétence du conseil de la famille est définie par l'article 7 dudit décret en l'arbitrage en vue de réconcilier les époux, mais aussi l'émission

⁴¹⁴ - Le décret n 31-94-2 du 26 décembre 1994.

⁴¹⁵ - Mohamed AOURAGH, L'importance du conseil de la famille à la lumière du code de la famille et du décret le réglementant, revue Risalat adifaà, barreau de Nador, n 5, 2004.

⁴¹⁶ - Ainsi l'article 251 du N C F prévoit que «Il est institué un conseil de famille chargé d'assister la justice dans ses attributions relatives aux affaires de la famille. Sa composition et ses attributions sont fixées par voie réglementaire. »

d'avis en tout ce qui est relatif aux affaires de la famille et son avis est purement consultatif comme l'indique explicitement le législateur.

Le caractère facultatif du recours au conseil de la famille contribue à son inefficacité, qui peut être aussi révélée par des entraves inhérentes à son origine mais aussi à des motifs d'ordre purement social et juridique.

Ainsi le droit musulman, source de droit du statut personnel marocain, ne connaît pas une telle institution qui est une pure innovation du droit occidental notamment français⁴¹⁷. Ce qui constitue un obstacle psychologique au recours à ses fonctions. Toutefois les entraves juridiques et sociales sont beaucoup plus importantes, en ce sens que le texte l'organisant se limite à prévoir sa composition sans se soucier de la procédure de ses réunions, de la convocation de ses membres, du quorum et la majorité de prise de ses décisions. Mais aussi sans aucune indication des endroits de ses réunions. A cela s'ajoute l'absence de moyens logistiques et matériels lui permettant d'exercer ses fonctions⁴¹⁸.

Sur un autre plan, le juge qui est aussi président du conseil de la famille, le domine au point que l'apport des autres membres serait effacé devant les prérogatives du président. Ainsi le président qui choisit les quatre membres outre le père et la mère et peut, sans aucun motif défini, procéder au changement de ses membres par d'autres, voire même se passer de la constitution du conseil⁴¹⁹. Cette dominance judiciaire doublée par le caractère purement consultatif de ses décisions, rend le conseil de la famille inefficace et le recours à ses fonctions est rare et inopérant⁴²⁰.

⁴¹⁷ - Mohamed CHAFI, Le conseil de la famille en France, revue marocaine de droit comparé et d'économie de développement, Faculté de Droit de Casablanca, n 34.

⁴¹⁸ - Hanane KABABI, Les voies alternatives de règlement des litiges familiaux, Mémoire de DESA, U F R : alousra wa attoufoula, Faculté de Droit de Fés, 2005/2006.

⁴¹⁹ - L'article 3 du décret réglementant le conseil de famille.

⁴²⁰ - Le code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire, direction et coordination Aicha ELHAJJAMI, Op.cit.

- Nadia CHADLI, Le divorce pour discord: règle ou exception, op cit.

A notre avis, il aurait été préférable d'opérer une fusion entre l'instance des arbitres et celle du conseil de la famille de façon à en faire une institution indépendante auquel seraient confiées les fonctions de conciliation des époux en litige, tout en dotant la dite institution des moyens humains et matériels lui permettant de mener à bien sa mission.

II. Les autres personnes qualifiées à réconcilier les époux

Le souci de rétablissement de la vie conjugale entre les époux a amené le nouveau code de la famille à permettre au tribunal d'user de son appréciation dans le choix du procédé de réconciliation, qu'il estime, approprié.

Ainsi le tribunal peut soit opter pour un procédé déjà prévu par le législateur à savoir les arbitres où le conseil de la famille, soit renvoyer les époux à toutes autres personnes qu'il estime qualifiées à les réconcilier.

La question qui se pose est celle de la détermination du sens de l'expression « *toutes autres personnes qualifiées à réconcilier les époux* » ; faut-il entendre par là des personnes privées, des associations, des organismes publics ou encore des institutions religieuses⁴²¹.

A notre avis il s'agit là d'une liberté d'appréciation accordée au tribunal qui se base sur les faits et la personne des époux. Et chaque cas doit s'analyser in concreto.

Ainsi le divorce pour discorde si les époux où l'un d'eux est un marocain résidant à l'étranger doit être renvoyé aux agents qualifiés, détachés⁴²² aux services du consulat général dont relève leur résidence, cela permet à ces époux en instance d'être facilement réunis dans des séances de réconciliation sans aucune contrainte de temps.

⁴²¹ - Par exemple les imams de mosquées.

⁴²² - Détachement de certains agents et magistrats aux services des consulats à l'étranger.

Dès lors qu'il s'agit des époux conservateurs ou dont l'objet du litige relève d'une question religieuse, la désignation d'un imam de mosquée donnerait des chances à l'aboutissement de la tentative de leur réconciliation.

Par ailleurs l'assistante sociale et les associations opérant dans le domaine de la famille, peuvent aider les conjoints des milieux modernes à rétablir les liens de la vie paisible entre eux.

D'où le tribunal n'a aucune limite dans le choix du procédé de réconciliation, et le seul impératif qui doit être tenu compte est la réunification des époux dans le cadre d'une vie conjugal paisible.

CHAPITRE SECOND : LE JUGEMENT DE DIVORCE POUR DISCORDE

Le jugement constitue le support matériel et juridique de la dissolution du lien de mariage et en prouve l'existence.

Il contient les différents droits résultant du divorce et produit des effets procéduraux communs aux décisions judiciaires et spécifiques à l'institution de divorce pour discorde.

En effet la décision de divorce doit contenir un certain nombre de mentions légales⁴²³ inhérentes à sa nature de décision judiciaire : jugement ou arrêt. Mais aussi un contenu particulièrement en rapport avec le divorce. En ce sens que la décision de divorce pour discorde doit se prononcer sur l'évaluation des différents droits dus aux époux notamment le don de consolation, l'indemnité compensatrice de l'ex-époux et la pension alimentaire des enfants.

La décision de divorce pour discorde régleme les effets découlant du nouvel état entre les époux, surtout la garde des enfants résultant du mariage dissous, leur visite et réception par celui de leur père et mère qui n'en est pas gardien.

Le jugement de divorce pour discorde met, irrévocablement, fin au mariage et sa date déclenche le point de départ de la retraite de continence pour l'ex-épouse. Cependant son contenu, relatif aux différents droits dus, est exécutoire après avoir satisfait aux délais et recours suspensifs⁴²⁴.

Nous examinerons ce chapitre en deux sections :

✓Section première : Les effets du jugement de divorce à l'égard des époux,

⁴²³ - Les mentions qui doivent être contenues dans les décisions de justice, les jugements des tribunaux des TPI doivent satisfaire à celles déterminées par l'article 50 du C P C, alors que pour les arrêts des C A c'est l'article 345 du C P C, et les dispositions de l'article 375 du même code déterminent les informations à contenir dans les arrêts de la cour de cassation.

⁴²⁴ - Puisque les délais de l'appel et de l'opposition sont suspensifs de l'exécution des décisions de justice.

✓Section seconde : Les effets absolus du jugement de divorce.

SECTION PREMIÈRE : LES EFFETS DU JUGEMENT DE DIVORCE À L'ÉGARD DES ÉPOUX

Le nouveau code de la famille oblige le tribunal, ayant à connaître la procédure de divorce pour discorde, de se prononcer sur les effets de divorce avant de statuer sur la dissolution du mariage.

Les effets de divorce que le tribunal doit tenir compte d'office sont en rapport avec les enfants mineurs et l'épouse. Ainsi le jugement qui décide le divorce pour discorde doit contenir l'évaluation d'office des droits dus à l'ex-épouse et la pension alimentaire des enfants mineurs, mais aussi et sur requête ledit tribunal se prononce sur la responsabilité de l'un ou l'autre des ex-époux des causes de divorce.

Le jugement de divorce pour discorde contient aussi la réglementation du statut des enfants mineurs à savoir la garde et le droit de visite et de réception des enfants issus du mariage dissous par le divorce.

D'où le jugement de divorce pour discorde contient, en plus de la dissolution du lien de mariage, un certain nombre de droits qui peuvent être divisés en deux catégories, d'une part les droits extra pécuniaires (paragraphe premier) et d'autre part les droits pécuniaires (paragraphe second).

Paragraphe premier : Les droits extra patrimoniaux résultant du divorce pour discorde

La dislocation de l'entité familiale se répercute sur la situation des conjoints eux-mêmes, et sur celle des enfants, en raison de la séparation qui en résulte. Le droit se soucie d'en limiter les effets négatifs sur les enfants mineurs.

Ainsi la garde des enfants est une institution qui régleme la situation des enfants issus du mariage dissous par le divorce. Et permet de préserver leurs droits. Mais la garde à elle seule ne suffit pas pour

répondre aux droits et obligations réciproques des enfants et leurs parents. Surtout le droit de l'ex-conjoint, qui n'est pas gardien de ses enfants de maintenir les rapports familiaux avec eux. C'est pourquoi le législateur prévoit l'institution de visite et de réception des enfants par le père ou la mère qui n'a pas la garde.

La garde, la visite et la réception des enfants mineurs issus du mariage dissous, sont des institutions qui permettent d'assurer un minimum de maintien des rapports entre les enfants mineurs et leurs parents séparés par le divorce.

D'où le tribunal doit, lors du divorce, régler la garde et la visite des enfants mineurs dans sa décision même de divorce.

Il sera donc question d'étudier dans un premier point, la garde des enfants mineurs (A) avant d'examiner dans un second le droit de la mère ou le père, n'ayant pas la garde, de recevoir et de visiter ses enfants soumis à la garde.(B)

A.La garde des enfants

La garde des enfants mineurs issus du mariage dissous par le divorce pour discorde est octroyée en principe à la mère. Mais encore faut-il qu'elle satisfasse aux conditions légales lui permettant de mener à bien cette mission. Dans le cas inverse le droit de garde des enfants est attribué au père ou autres dévolutaires, selon l'intérêt des enfants soumis à la garde.

Ainsi on examinera la notion de garde des enfants, (1) avant de passer à ses dévolutaires.(2)

I.La notion de garde des enfants

L'enfant, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, a besoin d'une protection spéciale et des soins spéciaux⁴²⁵.

⁴²⁵ - La convention Internationale des Nations unies sur les droits de l'enfant a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies par sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989.

D'où l'institution de la « Hadanah » traduite en garde. Ainsi la hadanah vient du verbe « hadana » qui signifie tout un régime qui tend à éduquer, protéger, élever et entretenir l'enfant mineur. Les rites de droit musulman ont accordé une grande importance à cette institution, et pour cela, ils ont posé des règles rigoureuses la réglementant. Aussi bien pour ce qui est de son contenu que des conditions requises pour l'exercer.

En effet les foukaha de droit musulman sont unanimes de définir la hadanah comme étant éduquer l'enfant et lui assurer tout ce qu'il lui faut, pendant un âge déterminé, de la part de ceux qui en ont droit de ses proches⁴²⁶.

La hadanah en droit musulman obéit à des règles qui sont enracinées dans la pratique prophétique et celle de ses compagnons et ses khoulaifa. Ainsi la première règle en la matière est celle de la priorité de la mère sur le père, et de la priorité des femmes sur les hommes, cette règle trouve fondement dans un hadith prophétique qui rapporte qu'une femme vint trouver le prophète et lui dis « *voici mon fils que j'ai accouché de mon ventre couvrir par mes bras et allaité de mes seins. Et que son père m'a répudié et voudra le prendre* ». Le prophète répondis en disant « *T'en a la priorité tant que tu ne t'es pas mariée*⁴²⁷. »

Dans le même ordre d'idée pour pouvoir exercer la hanadah il faut présenter quelques qualités que les commentateurs de droit musulman des différents rites résument en être saint de corps et d'esprit, de bonnes vie et mœurs, avoir atteint l'âge adulte et si la hadanah est dévolue à une personne de sexe masculin, celui-ci ne peut la conserver que s'elle est mariée⁴²⁸.

La législation marocaine aussi bien d'avant qu'après le nouveau code de la famille s'efforce d'être en harmonie avec d'une part, le droit musulman en la matière, et d'autre part les dispositions de la

⁴²⁶- Omar ABDOLLAH, Les dispositions du droit musulman dans le statut personnel, Dar Almaarif, 1963.

⁴²⁷- Mohamed ELGACHBOUR, Commentaire du code de la famille, Op cit.

⁴²⁸-Mohamed BEN YOUSSEF ALKAFI, Ahkam al ihkam ala touhfat alhoukkam, Dar Alfikr, 1973.

convention internationale des nations unies sur les droits de l'enfant, que le Maroc a ratifié⁴²⁹ en 1993. Dans ce sens que le nouveau code a pour la première fois consacré tout un chapitre aux droits des enfants dont la hadanah est un des éléments, tout en renvoyant en ce qui la concerne au chapitre trois dudit code.

La définition législative de la hadanah reprend celle des fokaha musulmans, ainsi elle dispose que « *la garde consiste à préserver l'enfant de ce qui pourrait lui être préjudiciable, l'éduquer et veiller à ses intérêts*⁴³⁰. »

La personne chargée de la garde doit, dans la mesure du possible, prendre les dispositions nécessaires à la préservation et à la sécurité physique que psychologique de l'enfant soumis à la garde et veiller à ses intérêts en cas d'absence de son représentant légal et en cas de nécessité si la perte des intérêts de l'enfant est à craindre.

Il en découle que la garde est un devoir des parents de l'enfant et tend à assurer son bien être qui est un de ses droits. Mais aussi, selon les dispositions ci-dessus, elle peut s'étendre à la protection des intérêts de l'enfant en cas de nécessité.

En raison de ce que présente la cellule familiale à l'enfant notamment à son intégrité psychique, le législateur met la garde à la charge du père et de la mère tant que les liens conjugaux subsistent. Ce qui va dans le respect de ladite convention internationale sur les droits de l'enfant⁴³¹.

⁴²⁹ - Le Maroc a signé la Convention relative aux droits de l'enfant le 26 juin 1990 et l'a ratifiée le 21 juin 1993.

⁴³⁰ - L'article 163 du N C F.

⁴³¹ - En ce sens que l'exposé des motifs de la convention internationale des droits de l'enfant dispose que «..... Reconnaisant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension.... »

L'article 9 de ladite convention énonce que : « **1.** Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de décision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant..... »

Néanmoins si le mariage est dissous la garde des enfants se trouve gérée par des règles particulièrement protectrices de l'enfant soumis à la garde dont son intérêt seul l'emporte.

II. Les dévolutaires de la garde des enfants

La garde est un des devoirs des parents à l'égard de leurs enfants. Elle est assurée par les père et mère conjointement durant le mariage. A cet effet la mère ne peut prétendre aucune rétribution ou contrepartie. Toutefois la dissolution du mariage notamment par le divorce entraîne la séparation des parents. Et par conséquent l'impossibilité d'exercer conjointement la garde, et le choix de l'un des parents pour l'exercer s'impose.

Le droit marocain reprend à ce sujet les dispositions du droit musulman du rite malikite, en attribuant la garde après la dissolution du mariage à la mère privilégiant ainsi l'affection maternelle. La garde exercée par la mère doit être gérée conjointement avec son père ou son représentant légal. A qui le nouveau code de la famille accorde des prérogatives sur l'éducation et l'orientation scolaire de l'enfant soumis à la garde et à chaque fois qu'un différend surgisse à ce sujet, le tribunal est saisi afin de trancher dans l'intérêt de l'enfant.

Contrairement à l'ancienne législation⁴³², le père vient en deuxième lieu dans la liste des dévolutaires de la garde. Alors en cas de divorce, si la mère n'est pas apte ou refuse d'exercer la garde de ses enfants, la garde doit être attribuée au père. A défaut du père la garde est confiée à la grande mère maternelle de l'enfant⁴³³.

Toutefois le nouveau code a réduit la liste des dévolutaires de la garde des enfants au profit de l'appréciation souveraine du juge qui doit décider, en fonction des présomptions dont il dispose, à l'effet de

⁴³²- L'article 99 du C S P de 1957 énonçait que: « Au cas de dissolution de mariage, la garde de l'enfant est confiée en priorité à la mère puis dans l'ordre aux personnes suivantes : à la grand-mère maternelle de l'enfant.....etc. »

⁴³³- L'article 171 du N C F dispose que: « La garde est confiée en premier lieu à la mère, puis au père et puis à la grand-mère maternelle de l'enfant..... »

protéger l'enfant et attribuer la garde à l'un des proches parents les plus aptes à l'assurer⁴³⁴.

Les dévolutaires de la garde des enfants doivent satisfaire à certaines conditions énumérées par le nouveau code. Ainsi pour exercer la garde, le titulaire autre que la mère ou le père doit avoir la majorité légale. Et cela s'explique par le fait qu'un candidat mineur a besoin d'être soumis à la garde au lieu de l'exercer.

La rectitude et l'honnêteté sont des qualités requises pour être en mesure de mener à bien la mission que nécessite l'institution de la garde. Ensuite la condition de non mariage pour les candidats de sexe féminin exceptés les cas prévus par les articles 174 et 175 du nouveau code. Mais ces cas ne se posent pas au moment du divorce puisque la mère ne pourrait jamais se trouver en cette situation de remariage, alors que le premier se maintient encore. Puisque la décision d'attribution de la garde qui dissout le lien conjugal.

Le nouveau code de la famille s'est caractérisé par un certain équilibre qu'il a essayé de maintenir entre le droit musulman et la législation internationale en la matière.

En effet le critère de l'intérêt de l'enfant, retenu par la nouvelle législation au lieu d'une longue liste des candidats fait de l'institution de la garde un vrai devoir au profit de l'enfant au lieu d'un droit au profit du titulaire de la garde⁴³⁵.

Quoi qu'il en soit le juge, lors du divorce pour discorde, doit instruire d'office l'institution de la garde pour décider de la personne à qui les enfants, issus du mariage ainsi dissous, soient confiés. En usant

⁴³⁴ - L'article 171 du N C F «A défaut le tribunal décide en fonction des présomptions dont il dispose, à l'effet de protéger l'enfant, d'attribuer la garde à l'un des proches parents les plus aptes à l'assumer, tout en assurant à l'enfant gardé un logement approprié, au même titre que l'obligation de pension alimentaire. »

⁴³⁵ - Raja Naji ELMEKKAOUI, La moudawana : le référentiel et le conventionnel en harmonie, T2, dissolution du mariage, Op cit.

de l'assistante sociale⁴³⁶ et toutes autres voies d'instruction. Le tribunal peut assortir sa décision d'attribution de la garde de toute mesure qu'il considère dans l'intérêt de l'enfant soumis à la garde. Entre autres, interdire que l'enfant soit mené en voyage à l'étranger sans l'accord de son représentant légal⁴³⁷.

En dernier lieu la décision attribuant la garde des enfants, seule, peut servir de fondement à des poursuites pénales pour violation des règles de la garde des enfants⁴³⁸.

B. La visite et la réception des enfants soumis à la garde

La désunion des père et mère et l'attribution de la garde des enfants à l'un de leurs parents, priverait celui des parents qui n'est pas attributaire de la garde de vivre normalement avec ses enfants. Pour remédier à ce dilemme résultant de divorce, le législateur prévoit cette institution de visite et de réception des enfants soumis à la garde, et qui en est un corollaire.

Ainsi la visite et la réception des enfants doit être réglementée par le juge, lors du divorce, selon l'intérêt de l'enfant, mais cela n'empêche pas les parties de se mettre d'un commun accord sur l'organisation de cette institution.

⁴³⁶ - L'art 172 du N C F prévoit que : « Le tribunal peut faire appel au service d'une assistante sociale en vue d'élaborer un rapport..... »

⁴³⁷ - L'article 179 du N C F dispose que: « Le tribunal peut, à la demande du ministère public ou du représentant légal de l'enfant soumis à la garde, prévoir, par la décision accordant la garde, ou par une décision ultérieure, l'interdiction que l'enfant soit emmené en voyage à l'extérieur du Maroc sans l'accord du représentant légal..... »

⁴³⁸ - L'article 477 du code pénal dispose que : « Quand il a été statué sur la garde d'un mineur par décision de justice, exécutoire par provision ou définitive, le père, la mère ou toute personne qui ne présente pas ce mineur à ceux qui ont le droit de le réclamer, ou qui, même sans fraude ou violences, l'enlève ou le détourne ou le fait enlever ou détourner des mains de ceux auxquels sa garde a été confiée, ou des lieux où ces derniers l'ont placé, est puni de l'emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 200 à 1.000 dirhams. Si le coupable avait été déclaré déchu de la puissance paternelle, l'emprisonnement peut être élevé jusqu'à trois ans.

D'où il sera question d'examiner le principe légal de droit de visite et de réception des enfants objet de la garde (1) et d'étudier la possibilité des aménagements conventionnels. (2)

I. Le principe légal

Le nouveau code de la famille s'est rallié sur les dispositions de la convention internationale sur les droits de l'enfant, en énonçant le droit du père ou de la mère qui n'a pas la garde de son enfant, de lui rendre visite et de le recevoir à cet effet⁴³⁹.

Le droit de visite de l'enfant soumis à la garde vise principalement à assurer la continuité des rapports familiaux entre l'enfant et ses parents du côté de celui qui n'a pas la garde, d'une part, d'autre part ce droit permet aux parents de l'enfant de gérer conjointement sa situation.

Ainsi l'enfant soumis à la garde et ses parents ont tous les deux un droit d'ordre moral de garder continu leur rapport familial.

De même le gardien de l'enfant et l'autre parent qui n'a pas la garde doivent suivre de près la situation de l'enfant et doivent veiller avec soin sur son éducation et son orientation scolaire⁴⁴⁰. Ce qui fait du droit de visite accordé au parent de l'enfant, un vrai droit le contrôle sur la mission du gardien, en cas de désaccord, le tribunal est saisi pour statuer dans l'intérêt de l'enfant⁴⁴¹.

Le droit de suivre et de gestion de la situation de l'enfant soumis à la garde, accordé au père ou mère qui n'a pas la garde est un droit étendu bénéficiant à l'enfant et tendant à lui assurer d'une part la gestion concertée de sa situation et d'autre part la chaleur et l'ambiance de la cellule familiale.

Toutefois le législateur prévoit une limite à l'étendu de ce droit de visite et de réception de l'enfant soumis à la garde. En ce sens que ledit

⁴³⁹ - L'article 180 du N C F.

⁴⁴⁰ - L'article 169 du N C F.

⁴⁴¹ - La référence précédemment citée.

enfant ne doit passer la nuit qu'au domicile de sa gardienne à moins que le tribunal n'en décide autrement dans l'intérêt de l'enfant⁴⁴².

L'importance du droit de visite et de réception de l'enfant a amené le législateur à y consacrer tout un chapitre du nouveau code de la famille.

Ainsi le tribunal, statuant sur le divorce pour discorde et accordant la garde des enfants à l'un de ses parents, doit fixer dans sa décision les périodes de visite et en précise le temps et le lieu de manière à prévenir autant que possible, les manœuvres frauduleuses dans l'exécution de la décision. A cet effet le tribunal tient compte des conditions particulières de chaque partie et les circonstances propres à chaque affaire⁴⁴³.

La décision du tribunal sur ce point est susceptible de recours mais aussi peut être changée à chaque fois que des circonstances l'exigent.

Toutefois le droit de visite et de réception de l'enfant soumis à la garde, peut être l'objet d'une convention entre les parties. Et le tribunal n'est tenu de l'organiser qu'en l'absence de cette convention.

II. Aménagement conventionnel

Le droit de visite et de réception de l'enfant soumis à la garde est un droit de l'enfant, mais aussi celui de son parent qui n'a pas la garde. Par voie de conséquence les père et mère, au moment de déroulement de l'action en divorce pour discorde, peuvent se mettre d'accord sur la réglementation de ce droit. Cette convention est communiquée au tribunal, qui doit alors la consigner dans sa décision.

Néanmoins la question qui se pose est de l'effet de cet accord des époux à l'égard du tribunal.

⁴⁴² - L'article 169 du N C F.

⁴⁴³ - La référence précédemment citée.

A notre avis l'accord des époux sur le droit de visite comme toute convention revêt un caractère obligatoire et lie ses parties. Mais son objet portant sur la personne de l'enfant soumis à la garde donne au tribunal une appréciation souveraine sur son contenu, qui doit prendre en considération l'intérêt de l'enfant. Ainsi l'article 186 dispose que *« pour l'application des dispositions du présent chapitre, le tribunal tient compte de l'intérêt de l'enfant soumis à la garde... »* D'où le tribunal peut sans violer les stipulations contractuelles, réviser et modifier la convention des parties sur la visite, dans la limite des clauses qui pourraient nuire aux intérêts de l'enfant.

L'accord des parents sur la réglementation de la visite de l'enfant soumis à la garde, est souhaité et recommandé. En ce sens qu'elle suppose l'adhésion des parents aux modalités de la visite convenue, seule garantie du bon déroulement de cette institution, ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, de ses parents et de la société.

Quoi qu'il en soit la décision du tribunal portant sur la visite et la réception de l'enfant soumis à la garde, que ce soit sur accord des parties ou d'office, peut toujours être modifiée et révisée à chaque fois que des circonstances l'exigent pour ainsi la rendre adaptée à la nouvelle situation.

Conscient de l'importance du droit de visite et de réception de l'enfant soumis à la garde, le législateur sanctionne sévèrement l'irrespect de ses modalités, et la sanction peut aller jusqu'à la déchéance de la garde.

Paragraphe deuxième : Les droits patrimoniaux des ex-conjoints et des enfants

Le divorce donne lieu à certains effets patrimoniaux, qui sont en grande partie inhérents à la nouvelle situation résultant de la dissolution du mariage. Ainsi le divorce entraîne de plein droit l'exigibilité du reliquat du Sadaq, de la pension alimentaire des enfants mineurs et de l'ex-épouse durant la retraite de continence. Mais aussi il

donne lieu au droit de l'un ou l'autre des ex-conjoints à une indemnité compensatrice du dommage résultant de la discorde.

Alors il sera question de distinguer les droits dus à l'épouse et aux enfants que le tribunal doit déterminer d'office dans le jugement de divorce pour discorde (A) de la nouvelle institution apportée par le nouveau code de la famille à savoir l'indemnité compensatrice de l'ex-époux (B).

A. Les droits dus à l'épouse et aux enfants

Il s'agit d'un certain nombre de droits que le tribunal doit évaluer dans son jugement lors du divorce et qui sont légalement énumérés.

Nous étudions les droits dus à l'épouse (1) avant de passer aux droits des enfants. (2)

I. Les droits dus à l'épouse

Il sera question d'examiner successivement les droits dus à l'épouse entraînés par le divorce pour discorde, à savoir le don de consolation, le reliquat du Sadaq, l'indemnité de logement ou pension alimentaire et la rémunération de la garde des enfants.

a. Le don de consolation

Le don de consolation est le montant accordé à la femme répudiée en dédommagement du chagrin lui est causé par la rupture du lieu conjugal⁴⁴⁴.

La moutâa ou le don de consolation trouve ses fondements dans la loi suprême qui est le Coran⁴⁴⁵. Mais les écoles du droit musulman ne

⁴⁴⁴ - Mohamed CHAFI, Le code de statut personnel annoté, Op cit

⁴⁴⁵ - Il s'agit de trois principaux versets coraniques à savoir :

- verset numéro 236 de la sourate la Vache : « Vous ne faites point de péché en divorçant d'avec des épouses que vous n'avez pas touchées, et à qui vous n'avez pas fixé leur Sadaq. Donnez-leur toutefois - l'homme aisé selon sa capacité, l'indigent selon sa capacité - quelque bien convenable dont elles puissent jouir. C'est un devoir pour les bienfaisants. »

sont pas unanimes quant au caractère obligatoire ou facultatif de l'octroi de la moutaâ.

Ainsi les hanafites⁴⁴⁶ considèrent le don de consolation obligatoire pour la femme répudiée par initiative de son mari dans le seul cas où la répudiation a eu lieu avant la consommation du mariage et le sadaq ne lui a pas été assigné. Auquel cas le don de consolation remplace la moitié du sadaq.

Pour les chafiites et les hanbalites le don de consolation est obligatoire dans tous les cas de la répudiation de la femme sauf si cette répudiation a eu lieu avant la consommation du mariage et qu'un sadaq a été fixé⁴⁴⁷.

Néanmoins les malékites conçoivent l'attribution du don de consolation comme une simple recommandation et n'est jamais obligatoire⁴⁴⁸.

L'ancien code de statut personnel de 1957 avait opté pour l'avis des chafiites en attribuant le don de consolation à la femme répudiée dans les deux cas de la répudiation après consommation du mariage, et dans tous les cas où le sadaq n'a pas été assigné à la femme⁴⁴⁹.

- verset 49 de sourate Alahzab « ...et qui ensuite vous divorcez d'avec elles avant de les avoir touchées, vous ne pouvez leur imposer un délai d'attente. Donnez leur jouissance et libérez-les sans préjudice... »

- verset 241 de la sourate la vache « une allocation convenable est due aux femmes divorcées, c'est une obligation pour les pieux. »

⁴⁴⁶- Mohamed TANTAOUI, Le statut personnel en droit musulman, éd. Assaada, 1979.

- Mohamed ABOUZAHERA, Le statut personnel, Dar al-fikr Alarabi, 1957.

⁴⁴⁷- Ahmed Fathi BANHASSI, Le don de consolation entre le droit musulman et le droit positif, Dar achourouk, Caire, 1988.

⁴⁴⁸- Ibrahim BAHMANI, Les divorcées ont-elles droit au don de consolation?, Revue jurisprudence de la cour de cassation, 2011, n 73.

- Mohamed ELGACHBOUR, Commentaire du code de la famille, T 2, Op cit.

⁴⁴⁹- L'article 60 de l'A C S P disposait que « Tout mari qui prend l'initiative de répudier sa femme doit lui remettre un don de consolation (mout'a) qui sera fixé compte tenu de ses moyens et de la situation de la femme répudiée.

Les réformes du 10 septembre 1993 ont maintenu la même position du législateur de 1957 tout en soulignant le caractère sanctionateur du don de consolation. Ainsi le second alinéa de l'article 60 après la modification dispose que : « *le don de consolation sera fixé compte tenu de ses moyens (du mari) et de la situation de la femme répudiée....* » Cette disposition avait marqué une évolution par rapport à la première version.

Le code de la famille est beaucoup plus progressiste en matière du don de consolation et ce sur un double plan. D'une part, et contrairement aux différents rites sunnites du droit musulman, il attribue le don de consolation à la femme répudiée comme à la femme divorcée, par des dispositions d'ordre général⁴⁵⁰ aux quelles renvoient celles des articles 89 et 113 relatifs aux divorces pour les autres motifs. D'autre part les nouvelles dispositions ont le mérite d'énoncer explicitement la cause du don de consolation, ainsi la moutâa sera évaluée « *en prenant en considération la durée du mariage, la situation financière de l'époux, les motifs du divorce et le degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux.* »

D'où le don de consolation est une réparation du préjudice qu'aurait subi la femme en étant abusivement répudiée où divorcée.

Le nouveau code de la famille s'est inspiré du rite dahirite en la matière, le quel considère le don de consolation un droit de la femme qui se trouve libérée du lien conjugal quoi qu'il en soit la cause : répudiation ou résolution⁴⁵¹. La jurisprudence, depuis la mise en vigueur du nouveau code de la famille, use de la généralité des termes de l'article 84 et attribue à la femme divorcée pour discorde un montant au titre du

Cette disposition ne s'applique pas à l'épouse à qui un sadaq a été fixé et qui a été répudiée avant la consommation du mariage. »

⁴⁵⁰ - L'article 84 du N C F dispose que: « et le don de consolation (mout'a) qui sera évalué en prenant en considération la durée du mariage, la situation financière de l'époux, les motifs du divorce et le degré d'abus avéré dans le recours au divorce par l'époux. »

⁴⁵¹ - IBN HAZM ADDAHIRI, ALMOHALLA, Op.cit

- Mohamed ELGACHBOUR, Traité de statut personnel, Op Cit.

don de consolation, et ce, quoi qu'il soit la situation de l'épouse dans l'instance en divorce ; demanderesse ou défenderesse⁴⁵².

Toutefois un revirement de jurisprudence a été marqué par la cour de cassation en 2010, faisant une interprétation particulière des dites dispositions, en ce sens que la cour a cassé un arrêt confirmatif de la cour d'appel de Marrakech qui a octroyé à l'épouse demanderesse le don de consolation, pour motif que *«..... en vertu de l'article 84 du code de la famille, le don de consolation est attribué dans les cas de la répudiation et de divorce initié par le mari. Et que le tribunal a violé les dispositions dudit article en attribuant à l'épouse demanderesse en divorce le don de consolation»*⁴⁵³.

La position de la cour de cassation a détourné la lettre et l'esprit des dispositions de l'article 84 susvisé, en le limitant au seul cas où le mari qui a initié le divorce ou la répudiation. En ce sens que ni l'article 84 ni l'article 98 qui y renvoi ne distingue la femme demanderesse de la femme défenderesse. Mais aussi l'esprit des nouvelles dispositions est d'accorder à la femme une réparation du dommage subi à chaque fois qu'elle se trouve libérée du lien conjugal. Certes c'est une disposition discriminatoire à l'égard de l'homme, mais il n'appartient pas à la cour de cassation de reformer une disposition législative en la détournant.

L'arrêt de la cour de cassation ci-dessus a influencé la majorité des juridictions en s'abstenant d'accorder aux épouses initiant le divorce pour discorde le don de consolation⁴⁵⁴. De même la cour continue de

⁴⁵² - T P I de Larache, dos 689/5/05 en date du 04/04/2006.

- T P I de Essemara, dos 129/06 en date du 23/01/2007.

- T P I de Marrakech, dos 858/21/06 en date du 16/02/2007.

- T P I de Agadir, dos 19/05 en date du 18/05/2005.

- T P I de Hoceima, dos 780/05 en date du 23/02/2006.

Almontaga min amal alkada fi tatbiq moudawanat alousra, Op cit.

⁴⁵³ - C S, dos 623/2/1/2009 en date du 21/09/2010, jurisprudence de la cour suprême, n 72.

⁴⁵⁴ - C A de Marrakech, dos 812/1622/2011 en date du 04/10/2011, inédit.

- C A de Marrakech, dos 3057/1622/2011 en date du 29/05/2012, inédit.

casser les décisions accordant le don de consolation dans ces conditions⁴⁵⁵.

Sur un autre plan le don de consolation doit être évalué en prenant en considération des éléments de fait qui renseignent sur l'étendu du préjudice subi par la femme du fait du divorce ou répudiation. Le législateur énumère certains exemples de ces éléments à savoir la durée du mariage, la situation financière du mari, les motifs du divorce et l'abus perpétré par le répudiateur.

La cour de cassation ne cesse d'insister sur ces éléments, ainsi il était dit dans un arrêt *« le tribunal doit, lors de l'évaluation du don de consolation tenir compte de la durée du mariage qui est de 24 ans, la situation financière du mari, qui est un cadre supérieur, et aussi le recours abusif de sa part au Talaq en profitant de l'absence de son épouse... »*⁴⁵⁶.

Le tribunal peut toujours se fonder sur d'autres éléments de fait que ceux prévus par le législateur, à la seule condition de motiver sa décision sur ce point⁴⁵⁷.

Le montant du don de consolation est, depuis les réformes du 10 septembre 1993, une créance privilégiée qui vient dans la troisième position après les frais funéraires et les créances résultant des frais de la dernière maladie⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵-C S, n 42 en date du 01/02/2011, dos 347/2/1/2009. revue marocaine d'études juridiques et judiciaires, n 6, 2011.

- C S, n 118 en date du 22/03/2011, dos 647/2/1/2009.

- C S, n 123 en date du 22/03/2011, dos 553/2/1/2009.

Arrêts publiés à la revue jurisprudence de la cour suprême, n 73, 2011.

⁴⁵⁶- C S, n 222/2006 en date du 27/09/2006, rapporté par Raja Naji ELMEKKAOUI, La moudawana: le référentiel et le conventionnel en harmonie, T 2, dissolution du mariage, Op cit.

- C S, n 103/2/1/2005 en date du 12/10/2005, rapporté par Mohamed ELGACHBOUR, Commentaire du code de la famille, Op cit.

⁴⁵⁷- Mohamed ELGACHBOUR, Commentaire du code de la famille, Op cit.

⁴⁵⁸- L'article 1248 du D O C modifié et complété par le Dahir du 10 septembre 1993 dispose que « Les créances privilégiées sur la généralité des meubles sont celles ci-après exprimées, et s'exercent dans l'ordre suivant :

b. Le reliquat du Sadaq

Le sadaq est souvent défini comme étant le bien offert par le mari à son épouse à l'occasion du mariage⁴⁵⁹.

Le nouveau code le définit comme étant : « *ce que l'époux offre à son épouse pour manifester sa volonté de contracter le mariage, de fonder une famille stable et consolider les liens d'affection et de vie commune entre les deux époux.....* »⁴⁶⁰.

Ainsi donc conçu par le législateur comme un cadeau ayant valeur morale que matérielle⁴⁶¹.

En définissant le sadaq, le législateur voulait couper court à certaines thèses qui considèrent le mariage islamique comme la vente de la femme et le sadaq en constitue le prix d'achat⁴⁶².

En effet le sadaq peut être n'importe quel bien quel qu'il soit et pouvant légalement constituer l'objet de l'obligation⁴⁶³. Toutefois la pratique montre que le sadaq est souvent un montant d'argent déterminé d'un commun accord entre les futures époux ou entre le futur mari et le wali⁴⁶⁴. Il est la propriété de l'épouse et le mari ne peut lui exiger rien en contrepartie⁴⁶⁵.

1.....

2.....

2° bis Les créances résultant de la dot (Sadaq) de l'épouse et du don de consolation (Mout'a), évalué compte tenu du préjudice éventuel subi par l'épouse du fait d'une répudiation qui n'est pas justifiée, ainsi que celles résultant de la pension alimentaire due à l'épouse, aux enfants et aux parents ;..... »

⁴⁵⁹ - Mohamed CHFI, Le code de statut personnel annoté, Op cit.

⁴⁶⁰ - Alinéa premier de l'article 26 du N C F.

⁴⁶¹ - L'article 26 du N C F : « ...le fondement légal du sadaq ne se justifie pas par sa valeur matérielle mais plutôt par sa valeur morale et symbolique »

⁴⁶² - Mohamed CHFI, Le code de statut personnel annoté, Op cit.

⁴⁶³ - L'article 28 du N C F.

⁴⁶⁴ - Le wali ou le tuteur est le représentant de la femme dans l'acte de mariage.

⁴⁶⁵ - L'article 29 du N C F.

Le montant du sadaq peut être convenu du paiement d'avance ou à terme de la totalité ou d'une partie.

En effet si l'épouse n'a pas reçu la totalité du sadaq avant le divorce, le tribunal doit le lui attribuer d'office lors du divorce. Il constitue ainsi l'un des droits dus à l'épouse que le tribunal doit contenir dans sa décision car le divorce rend le reliquat du sadaq exigible.

Il est à signaler que la dette du sadaq est imprescriptible⁴⁶⁶ et sa créance bénéficie d'un privilège légal⁴⁶⁷ au même titre que celle du don de consolation.

c.L'entretien pendant la retraite de continence

A l'instar du droit musulman, le droit marocain⁴⁶⁸ fait du mariage une des causes de la pension alimentaire, et met à la charge du mari l'entretien de son épouse. Le divorce entraîne la cessation de cette obligation de prise en charge de l'ex-épouse.

Toutefois l'ex-épouse est tenue d'observer un délai de viduité pendant lequel, doit s'empêcher de contracter un nouveau mariage. La contrepartie de cette restriction est le droit de l'ex-épouse à l'entretien par son ex-mari.

Mais il faut nuancer, le nouveau code distingue, a ce propos, deux hypothèses selon que l'ex-épouse est enceinte ou non⁴⁶⁹. Dans la première elle a droit à une prise en charge totale par son ex-conjoint, mais s'elle n'est pas enceinte, elle ne conserve que son droit au logement au domicile conjugal⁴⁷⁰ ou à une indemnité équivalente au frais du logement. Dans la pratique les juridictions attribuent à la femme divorcée un montant au titre des frais du logement pendant la période

⁴⁶⁶ - L'article 33 du N C F.

⁴⁶⁷ - L'article 1248 du D O C énoncée ci dessus.

⁴⁶⁸ - L'article 187 du N C F.

⁴⁶⁹ - L'article 196 du N C F, se reporter à la seconde section de ce chapitre.

⁴⁷⁰ - La référence précédente.

d'Idda car les conjoints se séparent souvent durant l'instance du divorce.

L'évaluation de l'entretien de l'ex-épouse durant la période d'Idda doit tenir compte de certains éléments de fait notamment le revenu du mari, la condition de l'épouse, les usages et coutumes dans le milieu social de la famille. Ces éléments permettent d'assurer une continuité de la situation de l'ex-épouse.

d. La rémunération de la garde des enfants

Pendant le mariage la garde des enfants est exercée conjointement par le père et la mère⁴⁷¹. Et n'est pas rémunérée.

Après la dissolution du lien conjugal, la garde des enfants doit être attribuée à la mère⁴⁷², sauf dans le cas d'impossibilité de fait ou de droit⁴⁷³.

Exercée par la mère seule, la garde des enfants pèse quant à ses charges au père seul astreint de la prise en charge de ses enfants⁴⁷⁴.

La rémunération de la garde prend la forme d'une rente ou un salaire périodique, souvent mensuel. Et cesse par la cessation de la garde des enfants. Ainsi la garde prend fin principalement par la majorité des enfants qui en est l'objet, s'ils ne sont pas handicapés, par le mariage de la mère gardienne⁴⁷⁵ ou encore le mariage de son enfants soumis à la garde, mais aussi par la décision de justice accordant la garde au père.

Etant une rémunération au profit de l'ex-épouse, le tribunal doit⁴⁷⁶, lors du prononcé du divorce entre les époux, déterminer le montant dû

⁴⁷¹ - L'article 167 du N C F.

⁴⁷² - L'article 171 du N C F.

⁴⁷³ - L'article 166, alinéa deuxième du N C F.

- Mohamed ELGACHBOUR, Commentaire du code de la famille, T 2, op.cit.

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op.cit.

⁴⁷⁴ - L'article 167 du N C F.

⁴⁷⁵ - L'article 175 du N C F.

⁴⁷⁶ - L'article 85 du N C F.

pour cette rémunération et les modalités de son paiement notamment la périodicité, et la possibilité de sa retenue à la source.

II. Les droits dus aux enfants

La pension alimentaire figure parmi les obligations des parents à l'égard de leurs enfants⁴⁷⁷. Et il s'agit là d'une obligation à la charge du père⁴⁷⁸. De surcroît la pension alimentaire se distingue des frais de logement quand il s'agit d'un enfant mineur⁴⁷⁹.

Il sera question d'examiner la pension alimentaire due aux enfants (a) et les frais du logement (b).

a. La pension alimentaire

La parenté est l'une des causes légales de l'obligation alimentaire⁴⁸⁰. Et le droit marocain ne fait à ce sujet que copier les énonciations du droit musulman en la matière, qui prévoit cette obligation mutuelle entre ascendants et descendants⁴⁸¹.

Etant une des mentions légales qui doivent être contenues dans la décision de divorce pour discorde, la pension alimentaire dont est question se rapporte seulement à l'obligation de prise en charge des enfants mineurs par leur père⁴⁸².

⁴⁷⁷ - L'alinéa 3 de l'article 54 du N C F prévoit que : « Les parents doivent à leurs enfants les droits suivants :

1.....

2.....

3- La filiation, la garde et la pension alimentaire, conformément aux dispositions du livre 3 du présent code. »

⁴⁷⁸ - L'article 198 du N C F.

⁴⁷⁹ - L'article 195 du N C F.

⁴⁸⁰ - L'article 187 du N C F.

⁴⁸¹ - IBN ROCHD ALQORTOBI, BIDAYAT AL MOJTAHID WA NIHAYAT AL MOKTASID, op cit.

- François-Paul BLANC, Droit musulman, op cit.

⁴⁸² - L'article 85 du N C F.

La pension alimentaire comprend l'alimentation, l'habillement les soins médicaux et tout ce qui est habituellement considéré comme indispensable⁴⁸³. Ces composants légaux de la pension alimentaire sont à titre d'exemple⁴⁸⁴ et le juge peut toujours y ajouter d'autres éléments qu'il considère indispensables selon le cas d'espèce.

Vu le caractère alimentaire de cette obligation, la décision ordonnant la pension alimentaire revêt certains spécificités légales et procédurales inhérentes à sa nature, à savoir qu'elle est exécutoire en provision⁴⁸⁵, protégée pénalement par le délit d'abandon de famille⁴⁸⁶ et est une créance privilégiée sur les biens du débiteur⁴⁸⁷.

Le tribunal, lors du prononcée du divorce pour discorde, doit déterminer d'office dans son jugement, le montant que le père verserait périodiquement à ses enfants mineurs au titre de la pension alimentaire.

L'obligation de verser la pension alimentaire continue pour le garçon jusqu'à l'âge de majorité. Mais exceptionnellement et si le garçon poursuit ses études la pension alimentaire s'étend jusqu'à la fin des études ou l'âge de vingt cinq ans⁴⁸⁸.

En revanche l'obligation alimentaire au profit de la fille ne prend fin que par son mariage ou si ladite fille dispose de ses propres ressources.

De même pour les enfants incapables de se procurer des ressources, leur pension alimentaire continue jusqu'à ce qu'ils auront leurs propres ressources⁴⁸⁹.

⁴⁸³ - L'article 189 du N C F.

⁴⁸⁴ - C S, dos 377/2/1/2006 en date du 22/11/2006, Almontaqa min amal alkada fi tatbiq moudawanat alousra, Op cit.

⁴⁸⁵ - L'article 179 du C P C.

⁴⁸⁶ - L'article 479 du C P.

⁴⁸⁷ - L'article 1248 du D O C.

⁴⁸⁸ - L'article 198/1 du N C F.

⁴⁸⁹ - L'article 198/3 du N C F.

Exceptionnellement, et conformément au droit musulman, le législateur marocain prévoit l'obligation alimentaire au profit des enfants à la charge de la mère, à la double condition que le père soit en déconfiture totale ou partielle et que la mère soit riche⁴⁹⁰.

b. Les frais du logement

Les frais du logement des enfants soumis à la garde doivent être évalués dans le jugement du divorce pour discorde au même titre que les autres droits dus, notamment la pension alimentaire.

Normalement la pension alimentaire comprend tout ce qui est en rapport et nécessaire à la prise en charge de l'enfant y compris le logement. Mais le législateur du nouveau code prévoit séparément les frais du logement de l'enfant soumis à la garde. Ainsi il énonce que « *les dépenses du logement, de l'enfant soumis à la garde, sont évaluées de façon distincte de la pension alimentaire, de la rémunération due pour la garde et des autres frais. Le père doit assurer à ses enfants un logement ou s'acquitter du montant du loyer tel qu'estimé par le tribunal...*⁴⁹¹. »

Il en découle que le tribunal, et à chaque fois qu'il s'agit d'enfant soumis à la garde, doit évaluer de façon séparée les frais de son logement. Ce qui pose la question du rapport entre les frais du logement d'une part et la pension alimentaire d'autre part. En d'autres termes, la pension alimentaire n'englobe-t-elle plus le logement ou seulement l'évaluation de ses frais qui doit être distinct pour les enfants mineurs soumis à la garde. Et la pension alimentaire due à d'autres créanciers que les enfants mineurs soumis à la garde continue toujours de comprendre les frais du logement de son créancier.

La jurisprudence n'a pas eu l'occasion, à notre connaissance, de se prononcer sur cette question. Toutefois certains auteurs⁴⁹² soutiennent que le droit au logement n'est prévu que pour l'enfant soumis à la garde

⁴⁹⁰ - L'article 199 du N C F.

⁴⁹¹ - L'article 168 du N C F.

⁴⁹² - Mohamed ELGACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour discorde dans le code de la famille, op.cit.

et prend fin par la cessation de la garde. Ainsi, selon eux, une fois que l'enfant sous la garde a atteint l'âge de majorité légale, son droit au logement cesse même s'il continue toujours d'être créancier de la pension alimentaire à l'exemple du garçon qui poursuit ses études ou de la fille n'est pas déchu de son droit à la pension alimentaire.

A notre avis et contrairement à ce que soutiennent ces auteurs, le logement continue toujours de figurer parmi les composants de l'obligation alimentaire que ce soit pour l'enfant sous la garde ou pour tout autre créancier. Car le nouveau code prévoyant l'évaluation distincte des frais du logement n'a pas eu l'intention de soustraire cet important droit des composants de la pension alimentaire. Bien au contraire la volonté du législateur est d'attirer l'attention des juridictions sur le caractère indispensable et important du logement pour l'enfant mineur et par conséquent pallier les montants dérisoires répandus sous l'ancienne législation.

Alors pour les créanciers de l'obligation alimentaire autres que les enfants sous la garde, le tribunal n'est pas tenu d'évaluer séparément les frais du logement. Mais il doit tenir compte dans son appréciation du montant de la pension alimentaire, des dépenses relatives au logement. Et soutenir autrement aurait pour effet d'une part de priver les créanciers de la pension alimentaire d'un des principaux éléments nécessaires et indispensables à la prise en charge et d'autre part, il en résulterait de soustraire les frais du logement déterminées au profit de l'enfant sous la garde à la protection particulière prévue pour la pension alimentaire. En ce sens que cette dernière bénéficie de l'exécution provisoire de plein droit, de la protection pénale et d'un privilège légal de troisième degré sur les biens du débiteur. Or cela n'était pas la volonté du législateur car la philosophie même du nouveau code était d'augmenter le niveau de protection de la femme et de l'enfant.

B.L'indemnité compensatrice de l'ex-époux

L'indemnité compensatrice de l'ex-époux est une des principales nouveautés du code de la famille. Ainsi la législation marocaine franchit une étape importante dans la reconnaissance et l'application des

institutions du droit civil positif au statut personnel. Jusqu'au là soumis au droit musulman d'origine religieuse.

Le devoir de réparation mis à la charge du conjoint qui abuse du recours au divorce ou responsable de ses causes, est une institution spécifique au divorce pour discorde. Mais rien n'est prévu pour sa réglementation. D'où nous étudions ses fondements juridiques (1) puis la pratique qu'en fait la jurisprudence (2) avant d'en faire une appréciation critique. (3)

I. Les fondements juridiques

L'indemnité compensatrice de l'ex-époux prévue par les dispositions réglementant le divorce pour discorde est une des innovations du nouveau code. Désormais le droit de la famille marocain ouvre la voie légale au conjoint qui a subi un quelconque préjudice par le comportement de l'autre époux, ayant entraîné le divorce pour discorde, de demander au tribunal une indemnité compensant ce préjudice.

Toutefois la question est celle de savoir la nature juridique de la responsabilité qui entraîne un tel dédommagement. En d'autres termes s'agit-il là d'une responsabilité contractuelle ou délictuelle ?

L'apparence fournit un premier élément de réponse, du fait qu'il s'agit de l'acte de mariage qui se présente juridiquement en la forme d'un contrat, contenant des obligations réciproques des deux époux. Ceci laisse croire que c'est une responsabilité contractuelle résultant de l'inobservation des obligations conjugales qui sont des effets de l'acte de mariage. Pour écarter cette hypothèse de responsabilité contractuelle, l'argumentation de la doctrine diffère d'un auteur à l'autre.

Pour certains⁴⁹³ l'acte de mariage est un contrat particulier auquel le seul droit musulman qui est applicable, et par conséquent les

⁴⁹³-Mohamed ELGACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour discorde dans le code de la famille, Op cit.

dispositions de droit civil relatives à la responsabilité contractuelle ne peuvent pas y être appliquées.

Pour d'autres⁴⁹⁴ les obligations dont l'inobservation motive le divorce pour discorde sont prévues par le code de la famille et ne sont pas des clauses contractuelles pour pouvoir parler de la responsabilité contractuelle.

En effet la doctrine est quasiment unanime sur le fait que la responsabilité générant le droit de l'un des époux à une indemnité compensatrice du fait de divorce pour discorde ne peut pas être une responsabilité contractuelle. En revanche elle soutient que c'est une responsabilité civile délictuelle ayant pour fondement général, les dispositions du dahir formant code des obligations et contrats spécifiques à la responsabilité civile délictuelle pour faute prouvée⁴⁹⁵.

A notre avis la responsabilité entraînant le droit de l'un des ex-époux à la réparation du dommage subi par le divorce pour discorde, peut être assimilée à la responsabilité civile délictuelle ou contractuelle. Mais ne peut pas avoir l'une ou l'autre comme fondement juridique général. Car cela conduirait à l'application des règles du droit civil des obligations aux rapports familiaux. Or en droit marocain, tous les acteurs de la société, pouvoirs publics, partis politiques et société civile sont unanimes d'écarter du champ d'application du droit civil positif⁴⁹⁶ les rapports familiaux, voire le statut personnel en général⁴⁹⁷.

Ainsi, compte tenu de cette réalité, le législateur n'a pas qualifié la responsabilité de l'un des époux du fait du divorce pour discorde. D'où

⁴⁹⁴ -Najat CHADLI, Le divorce pour discorde: règle ou exception, op cit.

⁴⁹⁵ - Mohamed ELGACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour discorde dans le code de la famille, op cit.

- Mohamed CHAFI, La répudiation et le divorce dans le code de la famille, op cit.

- Najat CHADLI, Le divorce pour discord, règle ou exception, op cit.

⁴⁹⁶ - Bouchaib ENNACIRI, Lecture dans l'article 400 du code de la famille, revue Almanahij, n 7 et 8.

⁴⁹⁷ - Mohamed ELGACHBOUR, Younes ZEHRI et Hassan FATOUKH, Le divorce pour discorde dans le code de la famille, op cit.

il s'agit d'une responsabilité particulière et seule la pratique jurisprudentielle pouvant donner un sens ou un autre à cette institution.

II. La pratique jurisprudentielle de l'indemnité compensatrice de l'ex-époux

L'indemnité compensatrice de l'ex-conjoint du fait du divorce pour discorde obéit à certaines règles aussi de fond que de forme. Ainsi le dédommagement de l'ex-conjoint, contrairement au don de consolation attribué d'office à l'ex-épouse, nécessite une requête en bonnes et dues formes. Cette requête peut être présentée dans le cadre de l'instance même de divorce pour discorde. Mais aussi elle peut être l'objet d'une action séparée qui ne serait recevable qu'après le prononcé du divorce car elle se fonde sur la cause même du divorce.

La responsabilité générant l'indemnité compensatrice de l'ex-conjoint nécessite des conditions de fond à savoir la dissolution du mariage pour discorde, la preuve de la faute ou de l'abus de l'ex-époux et un préjudice matériel ou moral, résultant de cette dissolution abusive ou fautive, qui est généralement présumé.

Ainsi selon la jurisprudence, le simple recours à la justice pour obtenir le divorce pour discorde n'engage pas, à lui seul, la responsabilité du conjoint demandeur du fait de la dissolution du mariage. En ce sens qu'il a été dit dans une décision⁴⁹⁸ «... Attendu qu'en cas d'espèce il n'est pas question de l'abus de l'épouse, puisque le mari a déjà engagé une procédure de répudiation selon la convocation numéro 116/04. Et que la demande en indemnité est non fondée en l'absence de tout abus, d'autant plus que la demanderesse a exercé un de ses droits, et qu'aucune indemnité ne peut découler de l'exercice de ses droits sans aucun abus. Et qu'il échet alors de rejeter la demande et mettre les dépens à la charge du demandeur. »

⁴⁹⁸ - T.P.I de Marrakech, dos numéro 2489/8/2004 du 10/03/2005, rapporté par Mohamed ELGACHBOUR, Younes ZEHRİ et Hassan FATOUKH, le divorce pour discorde dans le code de la famille, op cit.

- T.P.I de Fès, dos 212/02/2007 en date du 22/12/2007. Rapporté par Najat CHADLI, Le divorce pour discorde : règle ou exception, op cit.

L'analyse des décisions de justice permet de distinguer deux cas de figure, selon que le demandeur fonde sa requête de divorce pour discorde sur un motif établi à la charge de l'autre conjoint, ou que la dissolution a été prononcée sans aucun motif.

Ainsi le divorce pour discorde prononcé pour refus de l'épouse d'intégrer le domicile conjugal sans motif valable, donne à l'ex-mari le droit à une indemnité compensatrice du dommage causé par la dissolution qui s'y onde⁴⁹⁹.

Elle constitue aussi une faute justifiant le droit de l'ex-conjoint à une indemnisation, le refus de l'épouse de se réconcilier avec son mari qui se montre prêt à mettre fin à toutes les causes de la discorde. Ainsi il était dit dans une décision⁵⁰⁰ :

«Attendu que le défendeur, de par ses déclarations à l'audience, a exprimé sa volonté ferme de préserver sa famille et s'est apprêté à se procurer un appartement indépendant pour y habiter son épouse et son enfant à la ville de Khoribga. Et que son épouse s'entête et tient au fait d'habiter à la ville de Fès à côté de sa famille à elle, sachant qu'elle savait au moment du mariage, que le domicile conjugal s'établit à la ville de Khoribga et elle a accepté et y a habité toute une période.

Attendu qu'en se référant à ces faits, il paraît clair que le défendeur s'est montré prêt à mettre fin aux causes de la discorde et il n'a pas réussi du fait de la position de la demanderesse, ce qui est considéré, par le tribunal un abus de demande de divorce pour discorde. »

Par ailleurs, l'ex-conjoint demandeur en indemnité compensatrice peut être indifféremment celui qui a initié la procédure du divorce ou le défendeur à ladite action. En ce sens que l'initiation de la procédure de

⁴⁹⁹ - C.S, dos 519/2/1/2005 en date du 15/03/2006. Almontaqa min amal alkada fi tatbiq moudawanat alousra, op cit.

- T.P.I de Larache, dos 698/5/2005 en date du 04/04/2006.

- T.P.I de Larache, dos 25/23/2007 en date du 10/07/2007.

Almontaqa min amal alkada fi tatbiq moudawanat alousra, op cit.

⁵⁰⁰ - T P I de Fès, dos 3245/2006 en date du 20/09/2007. Rapporté par Najat CHADLI, Le divorce pour discorde : règle ou exception, op cit.

divorce pour discorde ne donne droit au dédommagement que si la demande en divorce est elle-même abusive. La jurisprudence accorde l'indemnité compensatrice à l'époux demandeur en divorce, dès lors qu'il fonde sa demande en divorce sur des faits reprochables à l'autre conjoint, et que ces faits soient établis. Ainsi il a été dit dans une décision⁵⁰¹ «..... Attendu qu'en se référant aux pièces du dossier et à ce qui s'est déroulé aux audiences de réconciliation, le tribunal s'est assuré du non paiement du défendeur de la pension alimentaire de son épouse et de sa fille et de sa condamnation en adultère. Et cela constitue une violation des obligations mises à sa charge en vertu de l'acte de mariage et par conséquent sa responsabilité des causes de la dissolution est engagée... »

En revanche si l'un des conjoints recourt à la voie de divorce pour discorde sans aucun motif, la jurisprudence considère cette demande abusive et condamne le demandeur au dédommagement pour le seul fait du prononcé du divorce. Elle est considérée abusive, la demande de divorce présentée après un mois de mariage sans aucun motif⁵⁰².

Si la jurisprudence exige l'établissement de la faute ou de l'abus de la part du conjoint responsable du divorce pour discorde, elle se montre très souple dans la preuve du préjudice qui en découle. En ce sens que la majorité des décisions présume l'existence du dommage moral dès lors que le comportement abusif ou fautif de l'autre conjoint est établi, et le divorce pour discorde est prononcé. Ainsi à titre d'exemple, il était dit dans une décision⁵⁰³ «..... Attendu que la requête de la demanderesse en dissolution du mariage privera le demandeur de vivre avec son enfant et lui causera l'instabilité, ce qui constitue un dommage moral et rend la demande de dédommagement fondée... ».

Sur un autre plan certaines juridictions appliquent littéralement l'article 97, en mettant l'indemnité compensatrice de l'ex-époux en

⁵⁰¹ - T P I de Casablanca, dos 4051/2007 en date du 10/03/2008. Rapporté par Najat CHADLI, Le divorce pour discorde: règle ou exception, Op cit.

⁵⁰² - T.P.I de Larache, dos 698/5/05 en date du 40/04/2006. Almontaqa min amal alkada fi tatbiq moudawanat alousra, Op cit.

⁵⁰³ - T P I de Fés, dos 3245/2006 en date du 20/09/2007. Rapporté par Najat CHADLI, Le divorce pour discorde : règle ou exception, Op cit.

rapport avec le don de consolation. En ce sens qu'elles tiennent compte de la responsabilité de chacun des époux dans l'appréciation du montant du don de consolation. Ainsi il était dit dans une décision⁵⁰⁴ «Attendu que la requête de la demanderesse tend au paiement du montant de vingt mille dirhams au titre d'une indemnité lui compensant le préjudice qu'elle a subi du fait du défendeur.

Attendu que le tribunal, au moment de l'évaluation des droits dus ci-dessus a tenu compte de la responsabilité de chacune des parties dans le divorce, ce qui rend sa demande, sur ce point , non fondée et doit être rejetée. »

C.Appréciation critique

La dissolution du pacte conjugal ne peut être que néfaste sur les conjoints eux-mêmes, sur les enfants et sur la société en général. Il est donc tout à fait logique de permettre à l'un des époux qui éprouve un préjudice particulier d'exiger de celui qui en est responsable la réparation c'est dans cette logique que s'inscrit l'indemnité compensatrice de l'ex-époux du fait du divorce pour discorde, prévue par le nouveau code de la famille.

Toutefois la position du législateur suscite des critiques sur plus d'un point. En ce sens qu'il spécifie la possibilité d'une indemnité compensatrice à la seule voie de divorce pour discorde, sans les autres voies. D'autre part il énonce le principe de cette responsabilité dans des termes ambigus.

En effet le dédommagement du conjoint qui éprouve un préjudice du fait de divorce est une des importantes étapes de la nouvelle législation sur la famille vers le rétablissement de l'équilibre entre les parties du pacte conjugal. Mais le fait d'accorder cette possibilité dans le divorce pour discorde sans les autres voies de dissolution du mariage le vide de tout sens, d'autant plus que la notion du préjudice est beaucoup plus apparente dans les modes classiques de divorce que le divorce pour discorde.

⁵⁰⁴ - T P I de Marrakech, dos 1586/2005 en date du 12/10/2005. Rapporté par Hafida TOUTA, Le divorce pour discorde dans le code de la famille, Op cit.

Dans le même ordre d'idée les termes de l'article 97 ne sont pas d'une clarté suffisante. En ce sens qu'ils ne mettent pas une distinction nette entre le champ réservé au don de consolation et celui de l'indemnité compensatrice de l'ex-époux. Ainsi il dispose « ...le tribunal statue sur les droits dus conformément aux articles 83,84, et 85 ci- dessus, en prenant en compte dans l'évaluation de ce qu'il peut ordonner à l'encontre de l'époux responsable au profit de l'autre, la part de responsabilité de chacun des époux dans la cause de la séparation.... »

Il en résulte que l'indemnité objet de cette disposition revêt un caractère sanctionateur et réparateur de façon pareille que le don de consolation, la seule différence est que le don de consolation ne peut être attribué qu'à l'épouse alors que la nouvelle indemnité peut être octroyée également à l'épouse qu'au mari qui établit la faute ou l'abus de l'autre conjoint. A notre avis le don de consolation et l'indemnité compensatrice de l'ex-conjoint interviennent tous les deux dans un même champ qui est celui de la réparation du dommage subi par l'un des époux du fait de l'abus ou de la faute de l'autre conjoint ayant entraîné la désunion. Cela s'explique par le fait de consacrer cette possibilité dans le seul mode de divorce pour discorde qui est la seule voie en droit marocain qui permet à l'épouse de divorcer sans aucun motif et par conséquent peut contenir un abus de sa part, et s'explique également par le fait de prévoir la possibilité d'attribuer à l'épouse le don de consolation qui doit être évalué en tenant compte de l'abus du mari dans l'exercice de son droit de répudiation.

Quoi qu'il en soit, et en l'attente d'une intervention législative pour réunifier les procédures du divorce, la pratique doit tenir compte de l'esprit des textes en ce sens que l'indemnité compensatrice de l'ex-époux est un don de consolation pour le mari qui a subi un préjudice du comportement abusif ou fautif, de son épouse, ayant causé le divorce. Ce qui entraîne deux principales conséquences, d'une part l'épouse ne peut jamais cumuler le don de consolation et l'indemnité compensatrice, d'autre part, l'indemnité compensatrice doit bénéficier des mêmes caractères que le don de consolation notamment le privilège légal du troisième degré sur les biens de l'ex-conjoint qui en est débiteur.

SECTION SECONDE : LES EFFETS ABSOLUS DU JUGEMENT DE DIVORCE POUR DISCORDE.

Le jugement de divorce pour discorde produit des effets erga omnes qui sont d'une part inhérents à sa nature d'acte juridictionnel et d'autre part des effets qui se rattachent à son objet.

En effet la décision de justice qui tranche le fond entraîne l'autorité de la chose jugée et établit une nouvelle situation entre ses parties. Toutefois ces deux effets d'ordre procédural général se trouvent parfois affectée par des recours suspensifs⁵⁰⁵.

D'un autre côté la particularité du divorce pour discorde se répercute sur les effets dudit jugement, en ce sens qu'il produit certains effets à partir de son prononcé, notamment la dissolution du lien conjugal et marque le point de départ du délai de viduité pour la femme.

Alors nous examinerons l'objet de cette section en deux paragraphes, le premier sera consacré à la dissolution définitive du mariage et le second aura pour objet les effets d'ordre procédural.

Paragraphe premier : La dissolution définitive du mariage

Le jugement de divorce pour discorde entraîne une dissolution irrévocable du lien du mariage, et sa date constitue le point de départ de la retraite de continence.

Il sera donc question de l'examen du caractère irrévocable du divorce pour discorde dans un premier point, et la retraite de continence dans un second.

⁵⁰⁵ - Les recours ordinaires que sont l'appel et l'opposition, dont l'effet suspensif est l'un des principaux effets.

A. Le caractère irrévocable du divorce pour discorde

Le divorce en droit musulman dissout le mariage dès son prononcé et met ainsi fin juridiquement au lien conjugal. Mais dans certains cas le divorce n'est effectif qu'après une certaine période consécutive à son prononcé, et ne fait ainsi qu'altérer le mariage.

En effet le divorce quand il est révocable permet de maintenir les liens conjugaux durant le délai de viduité pendant lequel les parties au pacte conjugal sont tenues par les obligations en résultant à l'exception des rapports intimes.

Une telle situation se justifie par le caractère provisoire et passager de certains problèmes familiaux, notamment des déclarations de TALAQ non délibérées. D'où l'occasion pour les deux époux de revenir sur cet état d'altération des liens conjugaux en révoquant le divorce, sans qu'ils soient obligés de recourir à un nouveau contrat de mariage. Ainsi le rétablissement du lien conjugal se concrétise par la simple manifestation de volonté exprimée par le mari, c'est ce que l'on appelle en droit musulman la « Rijaa⁵⁰⁶ ».

Le caractère révocable du divorce est maintenu pendant le délai de la retraite de continence, et la dissolution se confirme irrévocablement par l'expiration de ce délai sans que la dissolution n'ait été révoquée.

Le législateur marocain, fidèle au droit musulman en matière de statut personnel, consacre tout un chapitre⁵⁰⁷ du nouveau code de la famille à la révocabilité de la dissolution du mariage.

En principe tout divorce prononcé par le tribunal est une dissolution définitivement irrévocable sauf celles énumérées par le nouveau code à savoir le divorce pour défaut d'entretien et celui qui se base sur le serment de continence⁵⁰⁸. En revanche la règle en matière de

⁵⁰⁶- Se reporter à la seconde section du chapitre deuxième de la première partie de ce travail.

⁵⁰⁷- chapitre deuxième du titre six du N C F, s'intitulant : du divorce révocable (rijii) et du divorce irrévocable (bain).

⁵⁰⁸- L'article 122 du N C F.

répudiation est inversée. Ainsi toute répudiation est révocable à l'exception de celle à la suite des deux précédentes répudiations, de celle intervenue avant la consommation du mariage, pour consentement mutuel ou moyennant compensation et de la répudiation résultant d'un droit d'option consenti par le mari à son épouse⁵⁰⁹.

L'application de ces règles du divorce pour discorde peut entraîner certaines contradictions du fait qu'il s'agit là d'un divorce qui peut être initié également par le mari que par l'épouse, mais aussi il peut se fonder sur toute cause notamment le défaut d'entretien ou le délaissement.

D'où la question se pose pour la nature du divorce pour discorde, notamment initié par le mari ou se basant sur l'un des motifs entraînant la révocabilité de la dissolution.

En fait le problème ne se pose que dans les termes du texte traduit en langue française en ce sens que l'expression : « *tout divorce du fait de l'époux...*⁵¹⁰ » est une traduction fâcheuse du texte original en langue arabe et l'expression devrait être « *toute déclaration de répudiation émanant du mari...* ». Il s'agit là d'un problème d'ordre théorique puisque l'application se réfère au texte officiel en langue arabe. Et on se demande alors de l'intérêt de la traduction officielle des textes législatifs.

D'autre part le divorce pour discorde est toujours définitif et irrévocable quoiqu'il soit la cause de la discorde, car les deux exceptions ci-dessus sont des voies de divorces à part entière et chacune d'elles dispose d'une procédure particulière toute différente de celle de la procédure de discorde. Par voie de conséquence les faits objet de la discorde n'influencent pas le caractère révocable ou irrévocable de la dissolution, c'est la procédure choisie qui en détermine la nature.

En effet le divorce pour discorde, selon l'état des textes, conforté par la pratique judiciaire, entraîne la dissolution irrévocable du lien conjugal, et les ex-époux deviennent libérés du mariage à partir de la

⁵⁰⁹ - L'article 123 du N C F.

⁵¹⁰ - La référence précédemment citée.

date même du prononcé du divorce. Par conséquent ne peuvent se remarier qu'en satisfaisant aux conditions initiales du mariage, notamment leur consentement mutuel et le sadaq⁵¹¹.

Toutefois si l'irrévocabilité est absolue ou parfaite⁵¹², c'est -à -dire ayant été prononcée après deux précédentes et successives dissolutions, les ex-conjoints seraient dans l'impossibilité juridique de se remarier qu'après que la femme ait accompli la retraite de viduité consécutive à la dissolution d'un autre mariage effectivement et légalement consommé avec un autre mari⁵¹³.

B. La retraite de continence

La retraite de continence, le délai de viduité ou encore la « Idda » désigne le moment après la dissolution du mariage par divorce, répudiation, annulation ou décès du mari, que doit observer la femme avant de se remarier avec une autre personne que son ex -mari. Le délai de viduité est imposé à la femme divorcée, répudiée ou veuve pour empêcher la confusion de part ou de sang⁵¹⁴. Car il se peut qu'au moment de la dissolution du mariage, la femme soit enceinte des œuvres de son premier mari et s'elle se remarie rapidement, il pourra y avoir des doutes sur l'attribution au premier ou au second mari de l'enfant qu'elle accouchera⁵¹⁵.

Donc la Idda se justifie principalement par la sauvegarde et la protection de la vraie paternité de l'enfant qui serait né après la dissolution du mariage. Et est liée à la dissolution intervenue après consommation du mariage, puisque la dissolution intervenue avant la consommation du mariage n'entraîne pas de retraite de continence.

⁵¹¹ - Mohamed ELGACHBOUR, Traité de statut personnel, op cit.

⁵¹² - François-Paul. Blanc, Droit musulman, op cit.

⁵¹³ - L'article 127 du N C F reprenant les termes du verset coranique n 230 de la sourate la Vache : « S'il divorce avec elle (la troisième fois) alors elle ne lui sera plus licite tant qu'elle n'aura pas épousé un autre. Et si ce (dernier) la répudie alors les deux ne commettent aucun péché en reprenant la vie commune, pourvu qu'ils pensent pouvoir tous deux se conformer aux ordres d'Allah. Voilà les ordres d'Allah, qu'Il expose aux gens qui comprennent. »

⁵¹⁴ - François-Paul BLANC, Droit musulman, op cit.

⁵¹⁵ - Mohamed CHAFI, Code de statut personnel annoté, op cit.

Pour assurer cette protection le législateur à l'instar du droit musulman⁵¹⁶, règlemente dans ses détails la retraite de viduité, et sanctionne sévèrement sa violation.

En effet la Idda diffère selon que la femme divorcée est enceinte ou non et selon qu'elle est sujette au flux menstruel ou non.

Lorsque la femme divorcée, répudiée ou veuve est enceinte, elle doit observer la durée lui restant pour la délivrance comme retraite de continence.

Néanmoins si une contestation vient à être soulevée, le nouveau code permet au tribunal de recourir aux experts spécialistes et décider en vue de leur rapport⁵¹⁷. En adoptant cette solution le législateur du nouveau code met fin aux faux débats liés la théorie de l'enfant endormi qui pouvait, dans des cas, allonger des retraites de continence à des durées allant jusqu'à cinq ou sept ans⁵¹⁸. Depuis la durée maximum de la

⁵¹⁶ - Verset n 228 de la sourate la Vache « Et les femmes divorcées doivent observer un délai d'attente de trois menstrues ; et il ne leur est pas permis de taire ce qu'Allah a créé dans leurs ventres, si elles croient en Allah et au Jour dernier. Et leurs époux seront plus en droit de les reprendre pendant cette période, s'ils veulent la réconciliation. Quant à elles, elles ont des droits équivalents à leurs obligations, conformément à la bienséance... »

- Verset n 1 de la sourate La Répudiation « Ô Prophète ! Quand vous répudiez vos femmes, faites-le en respectant leur délai de viduité, dont vous compterez les jours avec soin. Craignez Dieu, votre Maître ! Avant ce délai, ne les renvoyez pas de leurs demeures, et qu'elles n'en sortent pas, à moins qu'elles n'aient commis une turpitude dûment prouvée. Telles sont les normes fixées par Dieu. »

- Verset n 4 de la sourate La Répudiation « La période d'attente pour celles de vos femmes qui ont atteint l'âge de la ménopause sera de trois mois, pour plus de sûreté. Il en est de même pour celles qui n'ont pas encore atteint l'âge de la puberté. Quant à celles qui sont enceintes, la période de viduité prendra fin pour elles avec leur accouchement. »

⁵¹⁷ - L'article 134 du N.C.F.

⁵¹⁸ - Pour plus d'informations sur la théorie de l'enfant endormi voir :

- Mohamed CHAFII, Code de statut personnel annoté, Op cit.

- Pierre BONTE, « Joel Colin, L'enfant endormi dans le ventre de sa mere, étude ethnologique et juridique d'une croyance au maghreb », L'Homme, 156, octobre décembre 2000, mis en ligne le 29/11/2006, <http://lhomme.revues.org/index2752.html>.

grossesse est limitée à une année à compter de la dissolution du mariage⁵¹⁹.

En revanche si la femme divorcée ou répudiée⁵²⁰ n'est pas enceinte, elle doit s'abstenir de contracter toute union avec un autre mari que son ex-époux, une retraite de viduité équivaut à trois périodes inter-menstruelles complètes pour la femme sujette au flux menstruel, et trois mois pour celle qui n'a jamais été sujette au flux menstruel ou qui a atteint l'âge de la ménopause. Et si elle a ses menstrues avant la fin de la retraite de viduité, celle-ci est prolongée de trois périodes inter-menstruelles.

De même pour la femme divorcée ou répudiée dont les menstrues sont tardives ou qui ne peut distinguer le flux menstruel d'un autre écoulement sanguin, doit attendre neuf mois, avant d'observer une retraite de trois mois, au total une année qui est la durée la plus longue des retraites de viduité.

La détermination législative des différentes durées de retraites de continence est l'objet de l'interprétation des versets coraniques qui y sont relatifs, notamment qu'en fait le rite malikite⁵²¹.

D'autre part le mariage conclu en violation des dispositions relatives à la retraite de viduité est nul. S'il venait à être consommé, la femme serait éternellement interdite à son mari⁵²². Une telle sanction s'explique par l'importance qu'accorde le droit musulman à la protection de la paternité.

⁵¹⁹ - L'article 135 du N C F ;

⁵²⁰ - Verset n 234 de la sourate la Vache «Ceux des vôtres que la mort frappe et qui laissent des épouses: celles-ci doivent observer une période d'attente de quatre mois et dix jours. Passé ce délai, on ne vous reprochera pas la façon dont elles disposeront d'elles mêmes d'une manière convenable. Allah est Parfaitement Connaisseur de ce que vous faites. » (article 132)

⁵²¹ - Mohamed EL GHACHBOUR, Commentaire du code de la famille, op cit.

⁵²² - IBN ROCH ALQUORTOBI, Bidayat almojtahid wa nihayat almoktassid, op cit.

Néanmoins l'ex-épouse divorcée ou répudiée avant la consommation du mariage n'est tenue à aucune retraite de viduité, puisque aucune confusion de part n'est à craindre⁵²³.

Paragraphe second : Les effets d'ordre procédural

Le jugement de divorce pour discorde entraîne par sa nature juridictionnelle, certains effets procéduraux qui sont communs aux décisions de justice en général.

Ainsi les décisions judiciaires obéissent au système des voies de recours. Mais aussi n'ont de valeur que dans la mesure où leur contenu prend effet.

D'où nous traitons dans un premier point de ce paragraphe le recours contre le jugement de divorce pour discorde et dans un second nous examinons l'exécution de la décision de divorce pour discorde.

A. Le recours contre le jugement de divorce pour discorde

Le jugement de divorce pour discorde comprend deux principales parties, l'une statuant sur la dissolution du lien de mariage et l'autre relative à la réglementation des effets du divorce, notamment les droits dus aux enfants et aux ex-époux.

Le régime du recours contre le jugement de divorce pour discorde diffère selon qu'il s'agit de l'une ou l'autre partie. Ainsi la décision relative à la dissolution du mariage n'est susceptible d'aucun recours. Mais la partie dudit jugement contenant les droits dus et autres effets obéit aux voies de recours telles qu'elles sont prévues par le code de procédure civile.

⁵²³ - Verset n 49 de la sourate Al Ahzab « Ô vous qui croyez! Quand vous vous mariez avec des croyantes et qu'ensuite vous divorcez d'avec elles avant de les avoir touchées, vous ne pouvez leur imposer un délai d'attente. Donnez-leur jouissance [d'un bien] et libérez-les [par un divorce] sans préjudice.

Nous examinons dans un premier point le caractère définitif des décisions relatives au divorce et dans un second, le recours contre le reste du jugement.

I. Le caractère définitif de la décision relative au divorce

Conscient de la lenteur des procédures judiciaires en général et celles du divorce plus particulièrement, et l'impact de ces lenteurs sur la stabilité des familles, le nouveau code rend définitives et non susceptibles d'aucune voie de recours, les décisions du divorce dans leurs parties mettant fin au rapport conjugal.

Ces nouvelles dispositions tendent d'une part à économiser les énergies et réduire les durées d'instabilité et les tracasseries judiciaires, d'autre part cherchent à rétablir une certaine égalité des époux devant les voies de dissolution de mariage.

Ce faisant, le législateur répond aux revendications et pallie les souffrances des épouses sous l'ancien code de statut personnel où la durée moyenne⁵²⁴ d'obtenir le divorce est supérieure à huit ans. Alors que la répudiation pouvait être déclarée par le mari et prend l'effet à l'instant même, sans aucune procédure.

Il résulte des nouvelles énonciations que la décision qui ordonne le divorce prend effet à partir de son prononcé quel qu'il soit la juridiction qui l'a rendue de premier ou du second degré⁵²⁵. Toutefois la question

⁵²⁴ - Raja NAJI ELMEKKAOU, La moudawana : Le référentiel et le conventionnel en harmonie, T2, dissolution du mariage, Op cit.

⁵²⁵ - Puisque la cour d'appel dans le cadre du pouvoir d'évocation qui lui est reconnu par l'article 146 du C P C peut toujours infirmer le jugement du tribunal de premier degré rejetant la demande de divorce pour discorde et évoquer le fond de l'affaire. Cependant la jurisprudence des cours d'appel n'use pas de cette attribution en matière de divorce, pour raison du respect du double degré de juridiction,

Voir : - C A de Laayoune, dos 02/2006 en date du 21/03/2006, rapporté par Abdesalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, op cit.

- Mohamed SABIR, L'effet dévolutif de l'appel des décisions civiles, thèse faculté de droit de Marrakech, 2010.

se pose pour les jugements ou arrêts qui sont rendus en violation des dispositions d'ordre public notamment quant la violation de ces dispositions est sanctionnée par la nullité du jugement. Ainsi le jugement de divorce rendu en violation des droits de la défense⁵²⁶ ou dont le dossier n'a pas été signifié au ministère public⁵²⁷. Alors cette décision est-elle nulle de plein droit ou sa nullité ne peut être effective que s'elle est déclarée par une autre juridiction dans le cadre des voies de recours. Autrement la partie du jugement relative à la dissolution du mariage ne pourrait-il jamais être nulle parce qu'elle n'est susceptible d'aucun recours ?

A notre avis les dispositions claires et explicites de l'article 128 du nouveau code mettent à l'abri de toute nullité ou recours la partie du jugement relative au divorce. Car tout jugement ou acte judiciaire⁵²⁸ acquiert l'autorité de la chose jugée jusqu'à son annulation par la voie de recours ouverte à son encontre. Par voie de conséquence aucune possibilité d'annuler cette partie du jugement. Cette solution qu'adopte aussi la majorité de la doctrine⁵²⁹ et la jurisprudence⁵³⁰, répond à la philosophie même du texte qui est de limiter la durée du procès de divorce et rendre effective la décision à partir de son prononcée. Toutefois si la position du législateur a réussi de répondre à une exigence de fait, elle transgresse un principe procédural de double degré de juridiction. Mais heureusement ce principe est respecté concernant les autres énonciations du jugement de divorce.

⁵²⁶ - L'article 40 du C P C.

⁵²⁷ - Dans le cadre des articles 6 et suivant du C P C.

⁵²⁸ - Jean VINCENT et Serge GUINCHARD, Procédure civile, op cit.

⁵²⁹ - Hafida TOUTA, Le divorce pour discorde dans le code de la famille, op cit.

⁵³⁰ - «Attendu que la première branche du moyen est relative à la procédure de réconciliation, qui est une formalité précédant le jugement de divorce qui n'est susceptible d'aucune voie de recours selon les dispositions de l'article 128, et il échut de le déclarer irrecevable. »

C S, n 136 dos 523/2/1/2009 en date du 29/03/2011, revue jurisprudence de la cour suprême, n 73 :

II. La partie du jugement sujette aux recours

En principe les voies de recours sont ouvertes contre toutes les décisions rendues par les tribunaux de première instance et les cours d'appel.

Ainsi tous les jugements⁵³¹ rendus par les sections de justice de la famille sont susceptibles d'appel devant les cours d'appel dont les arrêts sont susceptibles à l'opposition⁵³² ou la cassation⁵³³.

Par conséquent le contenu du jugement de divorce pour discorde autre que la dissolution du lien de mariage est susceptible d'appel dans les conditions ordinaires du code de procédure civile dans un délai de quinze jours à partir de leur notification. Ainsi la partie qui se sent lésée par le jugement de divorce pour discorde peut interjeter appel de cette décision et la cour d'appel dispose de pouvoir étendus de reformer, annuler ou confirmer ce jugement en usant de l'effet dévolutif de l'appel.

Toutefois les pouvoirs de la cour d'appel à l'égard du jugement de divorce pour discorde se trouvent parfois limités par le caractère définitif du divorce en ce sens que si un jugement a violé des formalités sanctionnées par la nullité, la cour ne peut pas l'annuler dans cette partie qui n'est qu'un effet de la dissolution du mariage. De même pour la cour d'appel qui considère le tribunal du premier degré, qui a rendu le jugement objet du recours incompetent, elle abroge ledit jugement et renvoi l'affaire devant le tribunal compétent.

Mais ce dernier se trouverait juridiquement lié par la décision de divorce prononcée par le tribunal incompetent. D'où le recours en général contre la partie des décisions de divorce autre que la dissolution du mariage, n'est en réalité qu'une voie de révision et de révolution, en haut ou en bas, des montants des droits dus et loin d'être un recours au vrai sens de l'institution.

⁵³¹ - L'article 134 du CPC.

⁵³² - L'article 352 CPC.

⁵³³ - L'article 353 CPC.

Le législateur du nouveau code a voulu concilier l'inconciliable, en rendant définitif le divorce, et permettant le recours contre ses effets. Puisque les anomalies du caractère définitif du divorce se répercutent sur l'autre partie du jugement même susceptible d'appel.

Le même raisonnement s'applique aux autres voies de recours principalement l'opposition et la cassation.

B.L'exécution du jugement de divorce pour discorde

L'exécution des décisions de justice est l'étape finale du processus judiciaire. L'importance de cette étape réside en ce qu'elle est l'objectif même du justiciable. L'exécution des décisions de divorce diffère selon que cette exécution est relative à la dissolution du mariage (1) ou aux effets de cette dissolution.(2)

I.L'exécution du divorce proprement dit

Le jugement de divorce pour discorde décide principalement la dissolution irrévocable du lien conjugal. Il en découle que ce jugement crée, à partir de son prononcée, un nouvel état entre les ex-conjoints. Ainsi le caractère définitif des jugements de divorce et la nature irrévocable du divorce pour discorde, rendent la dissolution du mariage effective à l'instant même où la décision est rendue. D'où son effet juridique immédiat.

Toutefois l'effet juridique à lui seul consistant en la création du nouvel état entre les parties ne suffit pas. Et il faut procéder à l'exécution effective de la dite décision.

L'exécution de la décision de divorce consiste en l'effacement pour l'avenir de l'acte de mariage. Pour cela le législateur oblige le tribunal qui rend le jugement de divorce d'en adresser spontanément un extrait à l'officier de l'état civil du lieu de naissance de chacun des ex-époux. Ainsi l'officier d'état civil doit procéder à la transcription de cette décision à la marge du registre d'état civil de chacun des ex-conjoints en rendant parfaite l'exécution de la décision de divorce. Il en résulte que l'exécution de la décision de divorce dans sa partie mettant

fin à la relation conjugale n'obéit pas aux formalités d'exécution prévue par le code de procédure civile⁵³⁴ notamment une requête en exécution et l'ouverture d'un dossier d'exécution, ce qui n'est pas le cas pour les effets découlant du divorce.

II.L'exécution des droits résultant du divorce

Les droits dus aux ex-conjoints en vertu du jugement de divorce pour discorde peuvent être classifiés, quant à leur exécution en deux catégories. D'une part des droits qui sont susceptibles d'exécution provisoire, et d'autre part des effets dont les voies de recours ordinaires suspendent l'exécution⁵³⁵.

En effet la pension alimentaire de l'ex-épouse, celle des enfants et la rémunération du logement bénéficient de l'exécution provisoire de plein droit⁵³⁶. Mais aussi le tribunal peut toujours assortir sa décision quant aux autres droits de l'exécution provisoire judiciaire⁵³⁷. Alors l'exécution provisoire permet à la partie bénéficiant de ces droits d'en réclamer le paiement dès le prononcé de la décision nonobstant le recours.

Certes le mari, demandeur au divorce pour discorde, doit consigner à la caisse du tribunal le montant garantissant le paiement de la pension alimentaire, de la rémunération du logement et du don de consolation⁵³⁸.

Toutefois le dépôt de ce montant à la caisse du tribunal ne dispense pas l'ex-épouse des formalités d'exécution, car le dépôt n'a que l'effet de garantir l'exécution, et n'est pas l'exécution en lui-même.

⁵³⁴ - L'article 428 du C P C alinéa 2 modifié par la loi n 18-82 du 05/10/1984, dispose que : « Tout bénéficiaire d'une décision de justice qui veut en poursuivre l'exécution a le droit d'en obtenir une expédition en forme exécutoire..... »

⁵³⁵ - Notamment le don de consolation et l'indemnité compensatrice de l'ex-époux.

⁵³⁶ - L'article 179 du C P C.

⁵³⁷ - L'article 147 du C P C.

⁵³⁸ -C'est une pratique généralisée par les différentes juridictions en se fondant sur les dispositions de l'article 83 du N C F. Pour plus amples informations voir:- Abdesalam ZOUIR, Interprétation du code de la famille, op cit.

D'autre part le montant déposé à la caisse du tribunal ne couvre qu'une partie des droits dus à savoir le don de consolation, la pension alimentaire et la rémunération du logement pendant la retraite de continence. Par conséquent nécessitent des formalités d'exécution. Ainsi la partie bénéficiaire de droits contenus dans ledit jugement procède par présenter une demande d'exécution au secrétariat greffe⁵³⁹ cette requête a pour effet de déclencher le processus d'exécution qui peut être à l'amiable, comme par le biais des voies d'exécution forcées⁵⁴⁰.

En revanche les montants des droits qui ne sont pas susceptibles d'exécution provisoire, ni de plein droit ni par la force de la décision judiciaire, ne peuvent être exécutés immédiatement après le prononcé du jugement de première instance ou l'arrêt de la cour d'appel rendu par défaut, car ces deux décisions sont susceptibles de l'appel et de l'opposition qui sont suspensifs. Mais le bénéficiaire de ces décisions dont l'exécution est suspendue peut toujours demander à ce que des mesures conservatoires⁵⁴¹ soient prises pour garantir le paiement de ses droits.

Le législateur marocain, pour pallier les procédures d'exécution vaines, crée le fond d'entraide familiale⁵⁴², mais ce fond ne peut garantir que les paiements relatifs à la pension alimentaire de l'ex-épouse et des enfants.

Pour ce qui est des autres effets du divorce, notamment la garde, la visite et la réception des enfants soumis à la garde, dépendant de la

⁵³⁹ - Tribunal qui a rendu la décision. (Article 145 du C P C)

⁵⁴⁰ -Prévues par le C.P.C et sont principalement: les saisies des biens du débiteur.

⁵⁴¹ - La saisie conservatoire

⁵⁴² - Il est créé par l'article 16 de la loi des finances de 2010, le fonds d'entraide familiale est organisé par la loi numéro 41-10, cette loi fixe les conditions à satisfaire pour bénéficier de ses avances, ainsi l'article 2 dispose que : « Bénéficie des avances du fonds, lorsque l'exécution de la décision judiciaire fixant la pension alimentaire a été retardée ou empêchée pour cause d'insolvabilité ou d'absence du débiteur, ou s'il est introuvable et lorsque l'indigence de la mère est dument constatée :

- La mère démunie divorcée ;

- Les enfants auxquels une pension alimentaire est due à la suite d'une dissolution des liens de mariage. »

dissolution du lien de mariage et par voie de conséquence reçoivent exécution dès le prononcé de la décision de divorce.

Conclusion

Les raisons qui ont motivé les différentes réformes du droit régissant les rapports familiaux au Maroc ont été principalement la promotion de la condition juridique de la femme. Jusqu'à la mise en vigueur du nouveau code de la famille la femme ne pouvait se libérer du lien de mariage qu'en empruntant des procédures judiciaires longues, contrairement à l'homme qui pouvait révoquer l'acte de mariage par une simple déclaration de répudiation. Pour pallier cette discrimination, la nouvelle voie de divorce, telle qu'elle est organisée par le nouveau code, permet à la femme de se libérer du lien conjugal dans les mêmes conditions que l'homme.

Toutefois l'origine religieuse de l'institution de discorde pourrait affecter l'objectif escompté et la fonction attendue de cette nouvelle institution, notamment le rétablissement de l'égalité des sexes dans le respect de la stabilité familiale et l'intérêt des enfants. Confronté au dilemme qui consistait à assurer l'égalité des sexes, tout en maintenant le double référentiel religieux et universel, le législateur marocain a choisi la voie la plus simple. Au lieu de restreindre le droit absolu du mari de répudier son épouse, il a accordé la même possibilité à l'épouse doublant ainsi le risque de la dislocation familiale et négligeant les droits des enfants.

Certes la nouvelle institution, comme d'autres, qu'elles soient prévues par le code de la famille, ou par d'autres textes⁵⁴³, contribue à la promotion du statut juridique de la femme et se répercutera sur sa situation sociale, mais aussi sur le développement de la société marocaine.

Le pas de l'égalité entre homme et femme, franchi sur le plan du divorce, prépare ainsi le terrain pour une prochaine égalité sur d'autres plans, dont le domaine successoral, et, peut-être, une laïcisation

⁵⁴³- La levée des réserves faites sur certaines dispositions de conventions internationales favorables la promotion de la condition de la femme, le droit de la femme marocaine à transmettre sa nationalité à ses enfants de père étranger.....etc

complète du droit de la famille, au même titre que les autres branches du droit. Cela nécessitera sans doute un travail intense, regroupant plusieurs approches, dont l'approche culturelle apparaît la plus importante.

Le législateur doit également intervenir pour adoucir les méfaits de la phase transitoire, surtout en ce qui concerne l'intérêt des enfants. Il doit notamment aménager la diversité des motifs et des procédures de divorce, qui n'ont plus de raison d'être en présence de la voie de discorde.

Nous préconisons, en tant que praticien, un alignement du législateur sur la réalité⁵⁴⁴ et une réunification de toutes les procédures de divorce en deux principales, à savoir le divorce pour discorde et le divorce pour consentement mutuel. La loi doit, en outre, clarifier les conditions du divorce pour discorde, et fixer de manière plus précise la responsabilité de chacun des époux dans la survenance des dommages qui peuvent résulter du divorce.

⁵⁴⁴ - L'effet d'absorption qu'a eu la procédure de divorce pour discorde sur les autres voies de divorce, dont la plupart sont tombées en désuétude.

Bibliographie

❖ OUVRAGES GENERAUX

• ALAOUI EL ABDELLAOUI (Idrisse) « Le traité de procédure civile » éd. Annajah eljadida, Casablanca, 1998.

• BOUDAHRAIN (Abdellah) «Droit judiciaire privé au Maroc » société d'édition et de diffusion Almadariss, collection connaissances juridiques, 5ème édition, Casablanca, 2010.

• BOUFOUSS (Mohamed) «Droit Judiciaire privé et procédure civile au Maroc » dar alqalam, Rabat, 1ère éd., 2007.

• BOUSSETTA (Mourad) «Principes élémentaires de la procédure pénale marocaine » imprimerie alwatania, Marrakech, 2ème éd., 2006.

• VINCENT (Jean) et GUINCHARD (Serge) « Précis de Procédure Civile » Dalloz, Paris, 2003.

❖OUVRAGES SPECIAUX

•ABDELLAH (Omar) « AHKAM ACHCHARIAA AL ISLAMIA FI AL AHWAL ACHCHAKHSIA » dar almaarif, 1963.

•ABI ABDELILAH IBN IDRIS ACHAFII (Mohamed) « ALOUM » éd attibaa Alfania Almoutahida, Caire, 1961.

•ABI ABDOLLAH ALKHARCHI (Mohamed) «ALKHARACHI ALA MOKHTASAR ACHAIKH KHALIL » dar al kotoub al ilmia, Bayrut, 1997.

•ABI ALQASSIM, Matabia Sijilli Alarabe, 1969, Caire.

•ABI ALWALID IBN ROCHD (Mohamed) «BIDAYAT AL MOJTAHID WA NIHAYAT AL MOQTASSID » Almaktaba attijaria alkobra, Caire.

•ABI JAAFAR IBN JARIR ATTABARI (Mohamed)« TAFSIR TABARI » www.islamhouse.com.

•ABOU ABDELILAH ARRAZI (Mohamed) «TAFSIR ARRAZI » dar ihyaa torat alarabi, Bayrut, 2010.

•ABOUZAHRA (Mohamed) « ALAHWAL ACHCHAKHSIA» Dar al fikr alarabi, Bayrut, 1957.

•Ahmed Fathi BANHASSI « Le don de consolation entre le droit musulman et le droit positif » dar achourouk, Caire, 1988.

•ALASTOL (Ismail) «ATTAHKIM FI ACHARIA AL ISLAMIA » imprimerie annahda alarabia, Caire.

•ALJASSAS ARRAZI (Abibaker) «AHKAM ALQUORAN LILJASSAS» dar alkitab alarabi, Bayrut.

•ALKADI (Annoaman) « DAAIM AL ISLAM» dar almaarif, Caire, 1973.

- ALKHARASANI (Ahmed) « AHKAM ALQUORAN LICHAFII» maktabat alkhانji, Caire, 1994.
- BAFAKIR (Mohamed) « Les affaires de la famille et les taxes judiciaires : études judiciaires » éd. Annajah aljadida, Casablanca, volume 5, 2006.
- BLANC (François-Paul) «Le droit Musulman » 2ème édition, DALLOZ, Série connaissance du droit, 2007.
- CHAFI (Mohamed) « Code de statut personnel annoté » éd walili, Marrakech, 1996.
- CHAFI (Mohamed) «La répudiation et le divorce dans le code de la famille » imprimerie papeterie alwatania, Marrakech, 2010.
- CHALABI (Mohamed-Mustafa) «AHKAM AL OSRA FI AL ISLAM» matbaat dar annahda al arabia, Bayrut, 1977.
- CHEMS ADDINE ARRAMLII (Mohamed) «NIHAYAT ALMOHTAJ ILA CHARHI ALMINHAJ» dar alfikr, Bayrut, 1984.
- EL GACHBOUR (Mohamed) « Commentaire du code de la famille : dissolution du pacte conjugal » éd annajah aljadida, Casablanca, 2006.
- EL GACHBOUR (Mohamed), ZEHRI (Younes) et FATOUKH (Hassan) «Le divorce pour cause de discorde » éd annajah aljadida, Casablanca, 2006.
- ELGACHBOUR (Mohamed) «Traité de statut personnel » éd annajah aljadida, Casablanca, 2001.
- ELHAJJAMI (Aicha) «Le code de la famille à l'épreuve de la pratique judiciaire» ouvrage collectif : direction et coordination Aicha ELHAJJAMI, imprimerie papeterie alwatania, Marrakech, 2008.
- ELHARRAS (Mokhtar) et SERHANE (Fatna) «L'application du code de la famille : acquis et défis» association marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, Hexagone.com, 2006.

•IBN AHMED ALANSSARI ALQUORTOBI (Mohamed) «TAFSIR ALQUOURTOBI » dar achchaab, Caire.

•IBN AL ARABI ALMOAFIRI (Aboubaker) «ALQABS FI CHARHI MOUATAA MALIK» dar algharb alislami, Bayrût, 1992.

•IBN HAZM ADDAHIRI ALANDALOUSSI, « ALMOUHALLA » dar al afak aljadida, Bayrut, 1988.

•IBN JOZAY ABI ALKASSIM (Mohamed) «ALQAWANIN ALFIQHIA» dar al kalam, Bayrut.

•IBN KAYIM ALJAWZIA (Mohamed) « ZAD AL MOUAD FI HADYI KHAYRI AL IBAD» maktabat al manar al islamia, moassassat arrisala, 1979.

•IBN QADAMA ALMAQDISSI (Almarfiq Addin) « ALMOUGHNI FI CHARHI MOKHTASSAR ABI ALQASSIM» matabia Sijilli Alarabe, 1969, Caire.

•IBN TAYMIA (Takyi Addine) «MAJMOUA ALFATAWA LIBNI TAYMIA» moujamaa almalik Fahd, 1995.

•IMAD ADDINE IBN KATIR (Ismail) «TAFSIR IBN KATIR» éd dar alfikr, Bayrut, 774 hégire.

•KHAMLIHI (Ahmed) «TAALIK ALA QANOUN AL AHWAL ACHAKHSIA » tome 1 : le mariage et le divorce, éd annajah aljadida, Casablanca, 1987.

•MY RACHID (Abderzak) «La condition de la femme au Maroc » éditions de la faculté des sciences juridiques économiques et sociales de Rabat, 1985.

•NAJI ELMEKKAOUI (Rajaa) «La Moudawanah : Le référentiel et le conventionnel en harmonie» T 2 : la dissolution du mariage, éd et impression Bouregreg, Rabat, 2009.

•OUANNIR (Abdellah) «Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille : Perception et pratique judiciaire» Fondation Friedrich Elbert, 2007.

•TANTAOUI (Mohamed) «Le statut personnel en droit musulman» éd. Assaada, 1979.

•ZOUIR (Abdessalam) «Interprétation du code de la famille » numéro 07, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 2008.

❖ THESES ET MEMOIRES

•BENNANI (Farida) «La division du travail entre époux à la lumière du droit marocain et fiqh » mémoire, Rabat, 1991.

•BOUSSAHMAIN (Rabia) « La répartition des compétences entre les différentes juridictions du premier degré en droit marocain » Mémoire de D.E.A, université de Perpignan via Domitia, 2003-2004.

•CHADLI (Najat) « Le divorce pour discorde règle ou exception » mémoire de fin de stage, Institut supérieur de la magistrature, 2007-2009.

•EL GHAZOUANI CHERKAOUI (Noureddine) « L'intervention du ministère public dans les actions civiles » mémoire de DES, Faculté de Droit, Université Mohamed V, éd. Association de développement des recherches et études judiciaires, 1995.

•KABABI (Hanane) « Les voies alternatives du règlement des litiges familiaux » mémoire de DESA, U F R : Alousra wa attoufoula, Faculté de Droit de Fés, 2005/2006.

•MITWALLY (Mohamed Mahmoud) « Le divorce en droit musulman » thèse, édition Firmin et Montane, Montpellier, 1925.

- MONTASSIR (Ali) «ATTAHKIM BAYNA AZZAOUJAIN FI HALATI ACHCHIKAK » thèse, Université Mohamed V, Rabat, 2001 - 2002.
- SABIR (Mohamed) « L'effet dévolutif de l'appel des décisions civiles » thèse, faculté de droit de Marrakech, 2010.
- SALAMA (Mohammed Mahmoud) « Le mariage en droit musulman » thèse, édition Firmin et Montane, Montpellier, 1923.
- TOUTA (Hafida) « Le rôle du ministère public dans le domaine familial » thèse, Faculté de Droit de Marrakech, 2009-2010.

❖ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

•ABOUMALEK (Mostafa) « Les enjeux sociologiques du code de la famille » Revue marocaine de droit et d'économie de développement, Faculté de droit de Casablanca, numéro 50, 2004.

•AIT LHAJ (Marzouki) « La preuve par écrit dans le code de la famille (établissement de l'acte de mariage et les problèmes qui s'y attachent) » article publié dans un ouvrage collectif : Moudawana alousra bayna annas wa almomaraça, diffusion de la faculté de Droit de Marrakech, n 25, 2006.

•AIT OURJDAL (Samir) « La réconciliation dans les actions de répudiation et de divorce dans le code de la famille » Article publié dans un ouvrage collectif : moudawant alousra bayna annas wa al moumarasa, diffusion de la faculté de Droit de Marrakech, n 25, 2006.

•AJMI (Hassan) « La polygamie et la discorde à la lumière des dispositions de l'article 45 du code de la famille » article publié dans un ouvrage collectif : Kodaya alousra min khilal ijthihadat almajlis alaala, khamsouna sana min alamal alkadayi, ed. Aloumnia, Rabat, 2007.

•AJOUILIL (Idriss) « Les nouveautés du code de la famille dans la procédure de discorde entre époux » Article publié dans un ouvrage collectif, moudawanat alousra almoustajaddat wa alabàad, diffusion de la faculté de Droit de Meknès, n 3, 2004.

•ALALAMI (Houssine) « Procédure de discorde dans le code de la famille » Revue Al Miyar, n°32.

•AOURAGH (Mohamed) « L'importance du conseil de la famille à la lumière du code de la famille et du décret le réglementant » Revue Risalat Adifaà, barreau de Nador, n 5, 2004.

•BAHMANI (Ibrahim) « Les divorcées ont-elles droit au don de consolation ? » Revue jurisprudence de la cour de cassation, 2011, n 73.

•BEKKEY (Yahia) « Le rôle des arbitres dans la réconciliation entre l'ambition législative et obstacles de la pratique » article publié dans un ouvrage collectif : le code de la famille après une année d'application, Faculté de Droit d'Oujda, 2005.

•BENABDENNABAOU (Mohamed) « Le rôle du ministère public dans la justice de la famille » article publié dans un ouvrage collectif : min moudawanat alahwal achakhsia ila moudawanat alousra ayo jadid, travaux de journée d'étude organisée par l'association al hodn, Casablanca, 2005.

•BENDALI (Lahcen) « Le rôle des arbitres dans la prise de décision entre les époux en conflit à la lumière du rite malékite et le code de la famille » Revue Addifaa, barreau de Settat, n 10, 2005.

•BOUFOUS (Mohamed) « Commentaire de l'arrêt de la cour suprême numéro 427 du 10/09/2008 » www.lagovox.fr.

•BOUYAKINE (Lahcen) « Les nouvelles dispositions de notification dans le code de la famille » ouvrage collectif, Minbar Aljamia, diffusion de l'université Moulay Ismail, Meknès, n 5, 2004.

•CHAFI (Mohamed) « Le conseil de la famille en France » Revue marocaine de droit comparé et d'économie de développement, Faculté de Droit de Casablanca, n 34.

•CHAWKI (Najib) « Les particularités de la compétence territoriale des sections de la justice de la famille » Revue Marocaine des droits, Rabat, n 4, 2007.

•DRIOUCH (Soufiane) « Le rôle du ministère public dans les affaires de la famille » Revue du Palais, n 9, septembre 2004.

•ELKAYDI (Touhami) « Lecture critique de certains articles du code de la famille » Revue Albouhout, Rabat, n 5, 2006.

•ELMAHI (Azzedine) « L'acquittement de la taxe judiciaire devant les sections de justice de la famille » article publié dans un ouvrage

collectif : moudawana alousra bayna annas wa almomaraça, diffusion de la faculté de droit de Marrakech, n 25, 2006.

•ERRAFA (Wattab) « Le ministère public à la lumière du code de la famille » Revue Almilaf, Eljadida, n 6, 2005.

•HADRI (Abdelaziz) « Justice de la famille : renouvellement et ses limites » article publié dans un ouvrage collectif : Le code de la famille après une année d'application, diffusion Majmouat albaht fi alkanoun wa alousra, n 1, Faculté de Droit d'Oujda, 2005.

•HANDAZ (Aziza) « Le rôle du ministère public dans le code de la famille » Article publié dans un ouvrage collectif, Almoudawana daamat alousra almaghribia almoutawazina, ministère de la justice, Rabat, n 8, 2006.

•HAYZOUNI (Khadija) « Les formalités de la répudiation et du divorce entre la lettre du texte et les problématiques de la pratique » article publié dans un ouvrage collectif : Kaday alousra min khilal ijthihadat almajlis alaala, kamsouna san min alamal alkadayi, ed. Aloumnia, Rabat, 2007.

•KERKRI (Tahar) « La procédure de l'établissement du mariage dans le code de la famille » Revue G T M, barreau de Casablanca, n 105, 2006.

•LAMINE (Omar) « Le code de la famille après une année d'application » article publiée dans un ouvrage collectif : Almoudawana daàma li alousra almaghribia almoutawazina, ministère de la justice, Rabat, n 8, 2006.

•LAMINE (Omar) « L'importance de la tentative de réconciliation entre les époux dans la stabilité de la famille » Revue la justice de la famille, Ministère de la justice, Rabat, n 3, 2006.

•MASLOUHI (Fatima) « Le code de la famille quel rôle pour la justice » Revue Almasalik, n 4, 2004.

- MECHKAKA (Rachid) « Le code de la famille après un an de son application » Revue Mahkama, T P I de Remani, n 5, 2005.
- MOUMNI (Abdelali) « Pratique et réalité du ministère public à la lumière de l'article 3 du code de la famille » Revue Alkostas, barreau de Meknès, n 5, 2005.
- NAHID (Ahmed) « L'intervention du ministère public à la lumière du code de la famille » Revue Al Mouhami, numéro double 44-45.
- NAJI (Abderrazak) « Le rôle du ministère public dans les affaires de la famille : résultats et obstacles » Article publié dans un ouvrage collectif : moudawanat alousra baada amin min attatbik, manchourat majmouat albaht fi kanouni al ousra, n 1, Faculté de Droit d'Oujda, 2005.
- NEJARI (Mohamed) « Certains problèmes posés par le code de la famille au niveau de la pratique » Revue Mahkama, T P I de Remani, n 4, 2004.
- OUAHABI (Youssef) « La méthodologie du code de la famille dans le traitement des litiges familiaux : en quête de la stabilité familiale » Revue Almilaf, Eljadida, n 3, 2004.
- OUELHRI (Nadia) « Chikak ou égalité devant le divorce » Maroc Hebdo International, Numéro 734 du 2 au 8 mars 2007.
- SAKHRI (Mohamed) « L'intervention du ministère public dans la justice de la famille » Article publié dans un ouvrage collectif : al ayyam adirassia du code de la famille, ministère de la justice, n 5, Rabat, 2004.
- SERHANE (Fatna) « Le statut personnel : capacité, mariage, filiation » éditions techniques- Juris-classeurs, fasc. 2, 1993.
- TALEB (Abdelkarim) « Le ministère public dans le code de la famille : compétences et problématiques » Revue Almontada, montada albaht alkanouni, Marrakech, n 5, 2005.

- WAHABI (Youssef) « Les compétences du ministère public dans le code de la famille » Revue Almilaf, Eljadida, n 3, 2004.
- ZAHER (Khalid) « Quel accueil en France pour les divorces prononcés au Maghreb » Revue Rihab AL Mahakim, numéro 5, année 2010.
- ZEAZAA (Abdelmalek) « Les formalités procédurales dans la justice de la famille » Revue Alforquane, Casablanca, n 5, 2004.

❖REVUES ET PERIODIQUES

•Almontaqa min amal alqadae fi tatbiq moudawanat al ousra, numéro 10, association de diffusion de l'information juridique et judiciaire, 10 février 2009, Ministère de la justice.

•Almoudawana daàma li alousra almaghribia almoutawazina, Ministère de la justice, Rabat, n 8, 2006.

•Gazette des Tribunaux du Maroc, barreau de Casablanca, numéro 105, 2006.

•Le code de la famille après une année d'application, diffusion Majmouat albaht fi alkanoun wa alousra, numéro 1, Faculté de Droit d'Oujda, 2005.

•Le quotidien marocain l'Opinion, 10 Mai 2010.

•Maroc Hebdo International, numéro 734 du 2 au 8 mars 2007.

•Moudawana alousra bayna annas wa almomaraça, diffusion de la faculté de Droit de Marrakech, n 25, 2006.

•Revue Al Masalik, numéro 4, 2004.

•Revue Al Miyar, éditée par le barreau de Fés numéro 32.

•Revue Addifaa, éditée par le barreau de Settat, numéro 10, 2005.

•Revue Al Bouhout, Rabat, numéro 5, 2006.

•Revue Al Forquane, Casablanca, numéro 5, 2004.

•Revue Al Kostas, éditée par le barreau de Meknès, numéro 5, 2005.

•Revue Al Milaf, éditée par le barreau d'Eljadida, numéros 3 et 6, 2004 et 2005.

•Revue Al Montada, montada albaht alkanouni, Marrakech, n 5, 2005.

- Revue Al Mouhami, numéro double 44-45 éditée à Marrakech par le barreau de Marrakech.
- Revue du Palais, numéro 9, septembre 2004.
- Revue Jurisprudence de la Cour de Cassation, numéro 73, 2011.
- Revue La Justice de la Famille, Ministère de la justice, Rabat, n 3, 2006.
- Revue Mahkama, éditée par T P I de Remani, numéro 5, 2005.
- Revue Marocaine d'Etudes Juridiques et Judiciaires, numéro 6, Marrakech, 2006.
- Revue Marocaine de Droit et d'Economie de Développement, Faculté de droit de Casablanca, numéro 50, 2004.
- Revue Marocaine des Droits, Rabat, numéro 4, 2007.
- Revue Rihab AL Mahakim, numéro 5, année 2010, Casablanca.
- Revue Risalat Adifaà, éditée par le barreau de Nador, numéro 5, 2004.

Annexes

ANNEXE 1- LES STATISTIQUES DES SECTIONS DE LA JUSTICE DE
LA FAMILLE EN MATIÈRE DE DIVORCE ET DE RÉPUDIATION

ANNEXE 2- DÉCISIONS DE JUSTICE RENDUES EN MATIÈRE DE
DIVORCE POUR DISCORDE

ANNEXE1 - LES STATISTIQUES DES SECTIONS DE LA JUSTICE DE LA FAMILLE EN MATIÈRE DE DIVORCE ET RÉPUDIATION

Année 2006

Les affaires de divorce

Affaires et décisions	Affaires en cours	Décisions de divorce	Décisions de réconciliation
Les motifs du divorce			
pour distorde	35115	10313	6693
pour préjudice	5402	1361	
pour absence du mari	4627	1943	
pour vice rédhibitoire	113	22	
pour serment de continence	165	66	
pour défaut d'entretien	2860	1086	

Les affaires de répudiation

Les formes de répudiation	Unilatérale	Pour consentement mutuel	Moyennant Compensation	Avant consommation du mariage	Procurée à l'épouse	Suite à deux précédentes repudiations
Le nombre des actes de répudiation	7276	6741	9184	4747	134	157

Année 2007

Les affaires de divorce

Affaires et décisions	Affaires en cours	Décisions de divorce	Décisions de réconciliation
Les motifs du divorce			
pour distorde	58238	18562	21328
pour préjudice	2097	141	
pour absence du mari	4365	132	
pour vice rédhibitoire	92	1	
pour serment de continence	204	17	
pour défaut d'entretien	1962	106	

Les affaires de répudiation

Les formes de répudiation	Unilatérale	Pour consentement mutuel	Moyennant Compensation	Avant consommation du mariage	Procurée à l'épouse	Suite à deux précédentes repudiations
Le nombre des actes de répudiation	6330	8243	8253	4862	129	87

Année 2008

Les affaires de divorce

Affaires et décisions	Affaires en cours	Décisions de divorce	Décisions de réconciliation
Les motifs du divorce			
pour distorde	69796	24854	--
pour préjudice	1483	331	
pour absence du mari	3711	1656	
pour vice rédhibitoire	105	20	
pour serment de continence	99	24	
pour défaut d'entretien	1865	556	

Les affaires de répudiation

Les formes de répudiation	Unilatérale	Pour consentement mutuel	Moyennant Componsation	Avant consommation du mariage	Procurée à l'épouse	Suite à deux préedentes repudiations
Le nombre des actes de répudiation	5650	9800	5894	4929	246	135

Année 2009

Les affaires de divorce

Affaires et décisions	Affaires en cours	Décisions de divorce	Décisions de réconciliation
Les motifs du divorce			
pour distorde	80069	29404	10076
pour préjudice	1130	247	
pour absence du mari	3115	1113	
pour vice rédhibitoire	112	25	
pour serment de continence	50	4	
pour défaut d'entretien	1051	292	

Les affaires de répudiation

Les formes de répudiation	Unilatérale	Pour consentement mutuel	Moyennant Compensation	Avant consommation du mariage	Procurée à l'épouse	Suite à deux précédentes repudiations
Le nombre des actes de répudiation	3761	9887	7175	4494	63	71

Année 2010

Les affaires de divorce

Affaires et décisions	Affaires en cours	Décisions de divorce	Décisions de réconciliation
Les motifs du divorce			
pour distorde	84455	32331	8322
pour préjudice	838	181	
pour absence du mari	2494	813	
pour vice rédhibitoire	97	26	
pour serment de continence	15	00	
pour défaut d'entretien	761	2013	

Les affaires de répudiation

Les formes de répudiation	Unilatérale	Pour consentement mutuel	Moyennant Componsation	Avant consommation du mariage	Procurée à l'épouse	Suite à deux préседentes repudiations
Le nombre des actes de répudiation	3761	9887	7175	4494	63	71

Année 2011

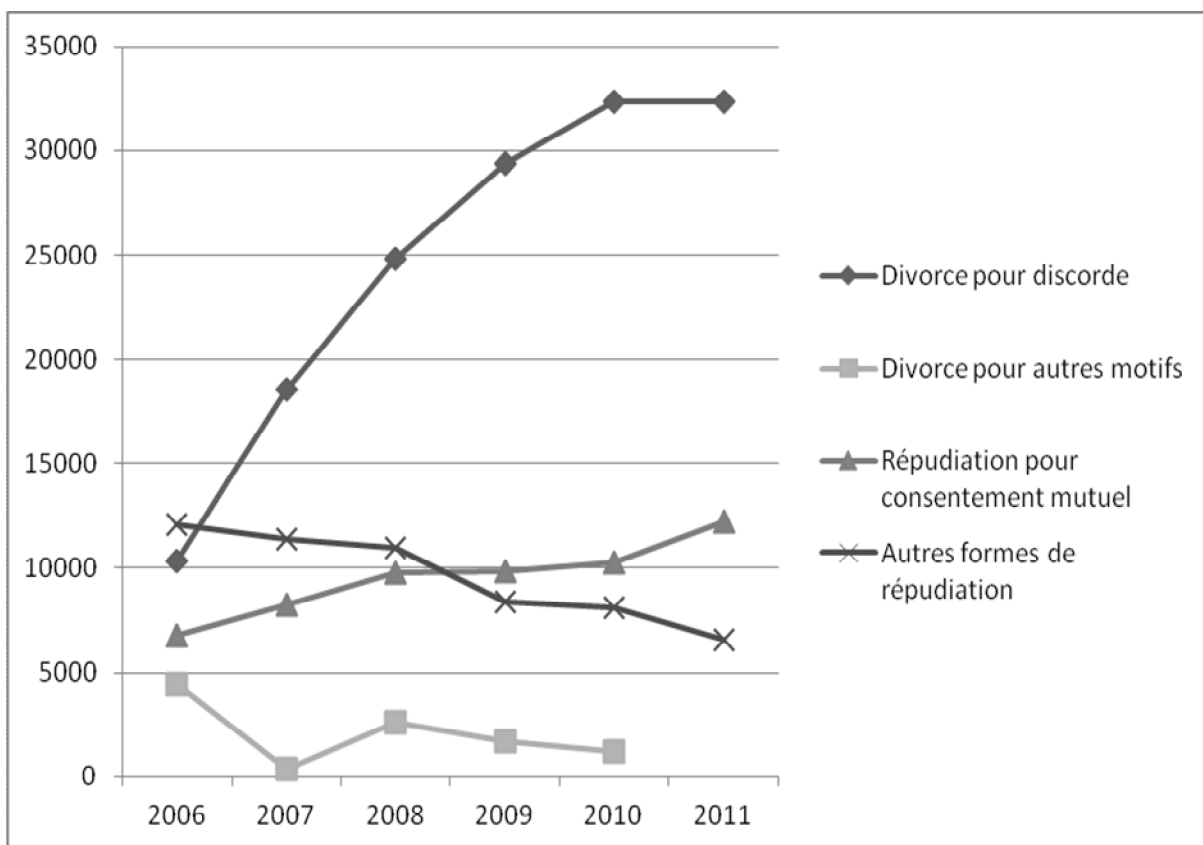
Les affaires de divorce

Affaires et décisions	Affaires en cours	Décisions de divorce	Décisions de réconciliation
Les motifs du divorce			
pour distorde	91478	32365	9848
pour préjudice	707	114	
pour absence du mari	2208	563	
pour vice rédhibitoire	96	8	
pour serment de continence	31	3	
pour défaut d'entretien	663	208	

Les affaires de répudiation

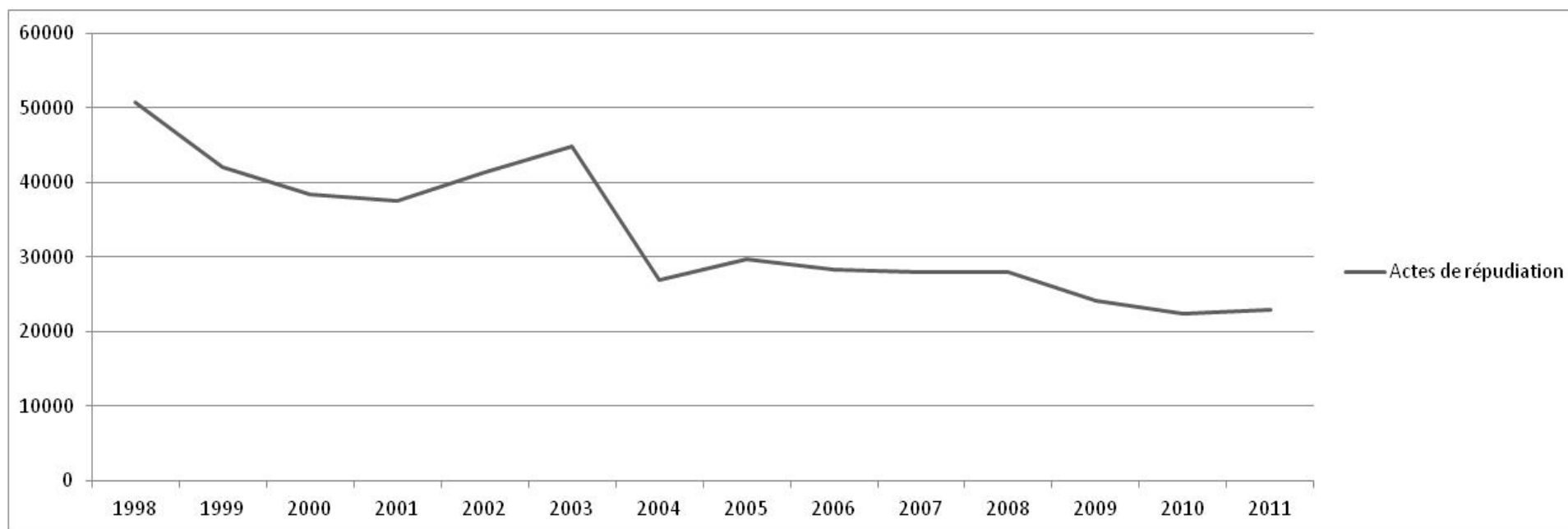
Les formes de répudiation	Unilatérale	Pour consentement mutuel	Moyennant Compensation	Avant consommation du mariage	Procurée à l'épouse	Suite à deux précédentes repudiations
Le nombre des actes de répudiation	2310	12209	4147	4168	42	61

Evolution des affaires de divorce et de répudiation entre 2006 et 2011



Evolution du nombre des actes adoulaire de repudiation entre 1998 et 2011

1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
50763	42069	38438	37593	41450	44922	26914	29668	28239	27904	27935	24170	22452	22937



ANNEXE2 - DÉCISIONS DE JUSTICE RENDUES EN MATIÈRE DE DIVORCE POUR DISCORDE

Le don de consolation n'est du qu'à l'épouse défenderesse en action de divorce pour discorde

Arrêt de la Cour Suprême

Numéro : 42

Date : 01/02/2011

Dossier : 347/2/1/2009

AU NOM DE SA MAJESTE LE ROI

ET APRES EN AVOIR DELIBERE CONFORMEMENT A LA LOI

Attendu qu'il ressort des pièces du dossier et l'arrêt attaqué numéro 221 rendu par la cour d'appel de Marrakech en date du 03 mars 2009 dans le dossier numéro 4055/8/2008, que le demandeur a présenté au tribunal de première instance de la même ville, une requête acquittée de la taxe judiciaire en date du 14/06/2007 contre la défenderesse, dans laquelle il expose qu'il est marié avec elle et ils ont une fille qui s'appelle Doha âgée de trois ans environ et que son épouse a quitté le domicile conjugal depuis le mois de mai 2007 sans y être autorisée ni pour raison valable. Il requiert de la condamner à réintégrer le domicile conjugal avec exécution par provision, ayant annexé à sa requête une copie de l'acte de mariage. Et en date du 11 juillet 2007 la défenderesse a présenté un mémoire en réponse et une demande reconventionnelle, acquittée de la taxe judiciaire, dans les quelles elle rapporte qu'elle est expulsée de la maison de la famille de son mari, là ou elle habitait avec son époux et sa fille, après l'avoir exposée aux insultes et son mari et sa famille se sont accaparés tout l'ameublement et les appareils électroménagers qu'elle avait achetés de ses propres deniers : qu' elle souffre de leur maltraitance et son mari est responsable du divorce. Elle a conclu au rejet de la demande principale et pour la requête reconventionnelle, elle sollicite de condamner le défendeur en la restitution de l'ameublement dont elle est propriétaire selon les pièces versées au dossier, et de prononcer le divorce entre eux, et lui payer les droits qui lui sont dus et à leur fille, conformément aux articles 83, 84 et 85 du code de la famille, le tout avec exécution provisoire et condamner le défendeur aux dépens. Des documents sont annexés à la demande reconventionnelle.

Après la tentative de réconciliation infructueuse et l'accomplissement des formalités, le tribunal statue le 22 mai 2008, en la forme déclare irrecevable la demande de restitution de l'ameublement et recevables les demandes principale et reconventionnelle, et au fond sur la demande reconventionnelle, il a constaté la réconciliation infructueuse et prononcé le divorce pour discorde entre les parties et condamné le défendeur à payer à la demanderesse ses droits dus : le don de consolation 4000 dh, les frais du logement pendant la durée de viduité 1200 dh, la pension de la fille Doha 350 dh par mois, ses frais de logement 150 dh par mois et la rémunération de sa garde 50 dh par mois à partir de la date du jugement. Et désigne le dimanche de chaque semaine, le

deuxième jour après chaque fête religieuse et la deuxième moitié des vacances scolaires des jours de visites de la fille soumise à la garde, par son père qui doit la recevoir à 10h du matin de l'endroit où habite la mère gardienne et l'y remettre à 18h du même jour. Et ordonne l'exécution provisoire sauf en ce qui concerne la partie du jugement relative à la dissolution du lien conjugal, et condamne le défendeur aux dépens. Et rejette la demande principale et condamne le demandeur aux dépens. La divorcée a interjeté appel et après la réponse de l'intimé la cour d'appel a, premièrement, infirmé ledit jugement en partie en ce qu'il a déclaré irrecevable la demande de restitution des ameublements et a condamné l'intimé à la restitution du réfrigérateur objet de la facture.... ou sa valeur, la cuisinière objet de la facture ou sa valeur....., deuxièmement, l'a réformé en élevant le montant du don de consolation à 10000 dh et les frais de son logement durant le délai de viduité à 1500 dhs et la pension alimentaire de la fille Doha à 400 dhs et les frais de son logement à 200 dhs et le salaire de sa garde à 100 dhs et le confirme dans le reste et condamne l'intimé aux dépens. Et c'est l'arrêt attaqué par le demandeur en vertu d'un pourvoi en cassation contenant un seul moyen, la défenderesse est convoquée et n'a pas répondu.

Attendu que le demandeur fait grief à l'arrêt pour avoir violé les droits de la défense et l'article 189 du code de la famille, en ce qu'il est condamné à remettre à la défenderesse le réfrigérateur et la cuisinière en dépit de ses contestations contenues dans son mémoire en date du 2 mars 2009, en plus l'arrêt n'a pas montré en quoi les montants déterminés par le jugement de première instance sont dérisoires d'autant plus qu'il n'est pas responsable de la demande de divorce et que la motivation de l'arrêt attaqué n'est pas fondée en ce qui concerne la nécessité de détermination des droits dus à la lumière de la responsabilité de chacun des époux dans la demande de divorce, ce qui l'expose à la cassation.

Attendu que le moyen dans sa deuxième branche est fondé en ce que la défenderesse a requis par sa demande reconventionnelle tendant au divorce pour discorde, de condamner le demandeur au paiement de ses droits dus en le considérant responsable de la cause du divorce et la cour a ordonné le paiement du don de consolation de 10000 dh et qu'en vertu de l'article 84 du code de la famille le don de consolation n'est dû qu'en cas de répudiation ou de divorce initié par le mari. Et que le tribunal a violé ledit article en ordonnant le paiement du don de consolation en dépit du fait que l'épouse qui a demandé le divorce, et a exposé son arrêt à la cassation en partie. D'autre part la cour, tenant compte des factures annexées à la requête qui n'ont pas été objet de contestation valable et appréciant les droits dus à la fille en considérant le revenu du requérant, a répondu aux différentes défenses et la motivation de son arrêt est bienfondé.

PAR CES MOTIFS :

La cour casse et annule partiellement l'arrêt attaqué en ce qu'il a ordonné le paiement du don de consolation et renvoie le dossier et les parties devant la même cour pour statuer conformément à la loi. Rejette le pourvoi en le reste.

Elle condamne le requérant à la moitié des dépens et dispense la défenderesse de l'autre moitié.

La procédure de discorde nécessite la comparution des époux à l'audience de réconciliation et n'abroge pas les autres motifs de divorce

Royaume du Maroc

AU NOM DE SA MAJESTE LE ROI

La cour d'appel de
Marrakech

Tribunal de première instance
de Marrakech.

Dossier numéro :
1761/H/2006

En En date du 05 Avril 2007, le tribunal de première instance de Marrakech, statuant en matière familiale, a rendu le jugement suivant :

Entre : Madame X

Demeurant à

Représentée par Maitre..... avocat au barreau de Marrakech.

Demanderesse d'une part.

Et Monsieur Y

Demeurant à ;

Représenté par Maitre..... avocat au barreau de Marrakech.

Défendeur d'autre part.

LES FAITS :

Vu la requête introductive d'instance enregistrée et acquittée de la taxe judiciaire le 28/09/2006, dans laquelle la demanderesse expose que le défendeur est son mari et que il la maltraite au point que la continuité de la vie conjugale est devenue impossible, en plus il a cessé de l'entretenir et d'entretenir ses deux filles Hajar et Kaoutar. Elle requiert du tribunal de prononcer le divorce pour discorde entre eux avec ses effets légaux et supporter les dépens au défendeur. Une copie de l'acte de reprise du mariage, un certificat de résidence et deux extraits d'acte de naissance des deux filles sont annexés à la requête.

Vu l'enrôlement du dossier de l'affaire à plusieurs audiences, la dernière est en date du 01/03/2007 au quelle ont comparu l'épouse et son avocat, le

défendeur s'est absenté et est porté sur sa convocation que sa sœur a refusé de la recevoir.

En réponse à la question du tribunal, la demanderesse a expliqué qu'elle ne connaît pas l'endroit où se trouve son mari depuis quatre ans, et qu'elle n'a pas eu ses nouvelles et qu'il ne lui a jamais envoyé de pension alimentaire.

Vu l'impossibilité d'accomplir la tentative de réconciliation entre les époux.

Vu les conclusions du ministère public versées au dossier.

Vu la mise en délibérée de l'affaire pour l'audience du 05/04/2007 à la quelle ce jugement est rendu.

ET APRES EN AVOIR DELIBERÉ CONFORMEMENT A LA LOI

En la forme : Attendu que la demande a été présentée selon les conditions requises par la loi et elle est recevable en la forme.

Au fond : Attendu que la demanderesse fonde sa requête de divorce pour discorde sur la maltraitance de son mari et le défaut d'entretien.

Attendu que le défendeur n'a pas comparu et sa sœur refuse de recevoir la convocation.

Attendu que la demanderesse a déclaré qu'elle ne connaît pas l'endroit où se trouve son mari depuis quatre ans, en plus elle n'a reçu de lui, pendant cette période, ni de pension ni de nouvelle.

Attendu que la procédure de discorde énoncée dans la quatrième section du code de la famille est prévue pour activer la réconciliation des époux en leur permettant tous les deux ou à l'un d'eux qui a ressenti l'existence d'un différend, craignant de devenir discorde, de l'emprunter pour protéger la famille. Ce qui nécessite ou la comparution des deux époux ou que leurs adresses soient connues pour pouvoir les convoquer en vue de solutionner le litige ou de les divorcer après avoir accompli les formalités prévues par ladite procédure. Néanmoins le demandeur, époux ou épouse, qui présente sa demande de divorce pour discorde contre son conjoint absent depuis une longue durée et dont il ne connaît pas d'adresse, comme c'est le cas dans cette affaire selon les allégations de la demanderesse, pourrait vider cette procédure de tout objectif. Qu'elle est considérée une procédure à la portée du conjoint de bonne foi en quête de la protection de la famille notamment que le législateur a maintenu, au profit de l'épouse, les procédures particulières de divorce qui sont des procédures faciles, qu'elle peut emprunter si son objectif est le divorce et non la réconciliation, par conséquent le tribunal décide de rejeter la demande.

Attendu qu'il echet de condamner la demanderesse aux dépens.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal déclare publiquement, contradictoirement et en premier ressort :

En la forme : Déclare la demande recevable,

Au fond : Rejette la demande et condamne la demanderesse aux dépens.

**Etant une procédure de réconciliation la discorde ne peut pas être
empruntée par l'un des époux si l'autre ne dispose pas de lui-
même et est dans l'impossibilité d'accomplir la tentative de
réconciliation**

Royaume du Maroc

AU NOM DE SA MAJESTE LE ROI

La cour d'appel de
Marrakech

Tribunal de première instance
de Marrakech.

Dossier numéro :
1940/23/2007

En date du 10 décembre 2007, le tribunal de première instance de
Marrakech, statuant en matière familiale, a rendu le jugement suivant :

Entre : Madame X

Demeurant à

Représentée par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Demanderesse d'une part.

Et Monsieur Y

Demeurant à ;

Représenté par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Défendeur d'autre part.

LES FAITS :

Vu la requête introductive d'instance enregistrée et acquittée de la taxe
judiciaire le 06/09/2007, dans laquelle la demanderesse expose que le
défendeur est son mari et leur fils Taha est âgé de cinq ans et que le défendeur
la maltraite de façon que la continuité de leur vie conjugale est devenue
impossible. Elle sollicite l'application des dispositions de l'article 94 du code
de la famille et de prononcer le divorce pour discorde entre eux et lui
déterminer ses droits dus avec l'exécution en provision et condamner le
défendeur aux dépens. Une copie de l'acte de mariage et un extrait d'acte de
naissance du fils Taha sont annexés à la requête.

Vu l'enrôlement du dossier de l'affaire dans plusieurs audiences, la dernière est en date du 05/10/2007 au quelle ont comparu l'épouse et son avocat, le défendeur n'a pas comparu et est porté sur sa convocation que son père a refusé de la recevoir pour motif que son fils est détenu à la prison civile depuis deux mois, la demanderesse confirme que son époux est détenu.

Vu les conclusions du ministère public versées au dossier.

Vu l'enrôlement du dossier de l'affaire dans l'audience du 26/11/2007 au quelle ont comparu la demanderesse et son avocat qui ont réitéré la demande, il est décidé de mettre l'affaire en délibéré pour l'audience du 10/12/2007 à la quelle ce jugement est rendu.

ET APRES EN AVOIR DELIBERER CONFORMEMENT A LA LOI

En la forme : Attendu que la demande a été présentée selon les conditions requises par la loi et elle est recevable en la forme.

Au fond : Attendu que la demanderesse requiert le divorce en application de l'article 94 du code de la famille.

Attendu que le défendeur s'est absenté et son père a refusé de recevoir la convocation pour motif qu'il est détenu, ce qui a été confirmé par l'épouse devant le tribunal en audience du 15/10/2007.

Attendu que la voie de discorde en tant que procédure de réconciliation, empruntée par l'un ou les deux époux en vue de solutionner un différend craignant de devenir discorde, nécessite l'accomplissement des formalités déterminées par les articles 82- 95-96 et 97 du code de la famille qui prévoient la convocation des époux pour les entendre sur les faits de l'action, et auditionner l'époux défendeur sur sa version du litige après l'avoir établi par le demandeur. Or le conjoint qui emprunte la procédure de discorde au moment ou l'époux défendeur se trouve détenu à la prison, ne cherche pas à se réconcilier avec son conjoint car ce dernier ne pouvant pas disposer de lui-même, ne peut pas comparaître aux audiences et assister aux débats et par conséquent ce comportement contredit le but même de cette procédure prévue pour protéger la famille de la dislocation. Et que la détention de l'époux ne constitue pas une discorde car d'une part, il peut être détenu pour des motifs et des durées différents, d'autre part, le maintien des procédures spéciales de divorce que l'épouse peut emprunter. Ainsi le législateur n'aurait pas créé des procédures alternatives qui seraient vidées par d'autres voies efficaces et dont les formalités sont simples.

Attendu qu'il est impossible d'accomplir la procédure de réconciliation dans le cas d'espèce et qu'il echet de rejeter la demande.

Attendu qu'il echet de condamner la demanderesse à la charge des dépens.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort :

En la forme : Déclare la demande recevable,

Au fond : Rejette la demande et condamne la demanderesse aux dépens.

Le litige constituant la discorde entre les époux doit être établi au même titre que les autres motifs de divorce

Royaume du Maroc

AU NOM DE SA MAJESTE LE ROI

La cour d'appel de
Marrakech

Tribunal de première instance
de Marrakech.

Dossier numéro :
938/H/06

En date du 02 octobre 2006, le tribunal de première instance de Marrakech a rendu le jugement suivant :

Entre : Madame X

Demeurant à

Représentée par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Demanderesse d'une part.

Et Monsieur Y

Demeurant à ;

Représenté par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Défendeur d'autre part.

LES FAITS :

Vu la requête introductive d'instance enregistrée et acquittée de la taxe judiciaire le 29/05/2006, dans laquelle la demanderesse expose que le défendeur est son mari et que la continuité de la vie conjugale est devenue impossible en raisons des problèmes que le défendeur ne cesse de provoquer en l'insultant et l'expulsant du domicile conjugal en plus du défaut d'entretien. Elle requiert du tribunal de prononcer le divorce pour discorde entre eux, de faire produire au divorce ses effets légaux et condamner le défendeur aux dépens. L'acte de mariage est annexé à la requête.

Vu l'enrôlement du dossier de l'affaire à l'audience en date du 03/07/2006 au quelle ont comparu les parties et leurs avocats et après s'être assuré de l'identité des époux, ils ont déclaré ne pas avoir d'enfants et la femme n'est pas enceinte. Sur les motifs de la demande l'épouse déclare qu'elle est stérile et que

le défendeur lui demande de lui permettre la polygamie ce qu'elle a refusé et il l'a expulsée du domicile conjugal. Le défendeur réplique que son épouse a quitté le domicile conjugal de son propre gré et surtout qu'il tient à sa femme en dépit qu'elle est stérile.

L'affaire est reportée pour constitution du conseil de la famille à l'audience du 11/09/2006 à la quelle les deux parties, leurs avocats, la mère de l'épouse et le père de l'époux ont comparu. La mère de l'épouse déclare que le mari s'était présenté chez elle, avec son père, pour reprendre sa femme mais il a essayé de lui porter des coups devant elle, le défendeur réplique qu'il était au travail et de son retour il s'est rendu compte que sa femme a quitté le domicile conjugal avouant qu'il l'a insultée sans lui porter des coups. La femme explique que du fait qu'elle est stérile, le défendeur l'a mise devant le choix d'avoir des enfants, de lui permettre de se marier avec une autre ou de quitter le domicile conjugal, ce que le défendeur a nié en bloque. La demanderesse réitère sa demande et le défendeur déclare qu'il tient à son épouse.

Vu les conclusions du ministère public.

Vu la mise de l'affaire en délibéré pour l'audience du 25/09/2006 puis du 02/10/2006 à la quelle ce jugement est rendu.

LES MOTIFS:

En la forme : Attendu que la demande est présentée selon les conditions requises par la loi et elle est recevable en la forme.

Au fond : Attendu que la demanderesse justifie sa demande de divorce pour discorde par le fait que le défendeur l'insulte, ne l'entretient pas, porte atteinte à sa dignité et l'expulse du domicile conjugal, que l'épouse a rajouté en audience de réconciliation que son mari l'a expulsée du domicile conjugal parce qu'elle a refusé de lui donner son accord à la polygamie.

Attendu que l'époux défendeur a nié ce qu'allègue sa femme comme motifs en s'expliquant qu'elle a quitté le domicile conjugal de son propre gré et qu'il y tient même étant stérile.

Attendu que la tentative de réconciliation est infructueuse du fait de l'épouse qui réitère sa position.

Attendu que la procédure de discorde énoncée dans les dispositions des articles 94 à 97 du code de la famille est une procédure de réconciliation permet aux époux de l'emprunter individuellement ou par demande commune en vue de trouver une solution à un problème qui surgit entre eux et pouvant déboucher sur une discorde, par conséquent le demandeur doit démontrer au tribunal le litige au quel il cherche une solution et ne doit pas solliciter le divorce comme demande directe et principale. Et que le tribunal doit accomplir les formalités prévues par les articles sus indiqués afin de régler le différend établi. Ce qui veut dire d'évaluer et d'exercer son contrôle sur les

faits évoqués par le demandeur. Et que le tribunal, seul, habilité à constater l'élément de discorde dans le litige opposant les époux en discorde ou juste un simple différend habituel entre eux.

Attendu que pour prononcer le divorce pour discorde, les dispositions de l'article 97 du code de la famille nécessitent au préalable que la réconciliation n'ait pas abouti et que la discorde persiste sous forme d'un différend rendant la vie conjugale impossible. Si aucune discorde n'est établie ou que le litige prétendu par l'époux demandeur n'est pas au niveau de la discorde selon la conception sus indiquée, la logique des choses et l'esprit des textes du code de la famille commandent le rejet de la demande notamment si on tient compte de la nature exceptionnelle de la dissolution du mariage prévue par l'article 70 du code.

Attendu que les prétentions de la demanderesse dans le cas d'espèce selon les quelles elle est stérile, et que son mari l'a mise devant le choix de la polygamie ou de quitter le domicile conjugal, ne sont pas établies et le mari l'a nié et tient à son épouse et soutien qu'elle a quitté le domicile conjugal de son propre gré, alors il echet de rejeter la demande.

Attendu qu'il echet de condamner la demanderesse aux dépens.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort :

En la forme : déclare la demande recevable,

Au fond : Rejette la demande et condamne la demanderesse aux dépens.

**La comparution du demandeur en divorce pour discorde à toutes
les audiences de réconciliation et autres est nécessaire à
l'aboutissement de la demande, sous peine d'irrecevabilité**

Royaume du Maroc

AU NOM DE SA MAJESTE LE ROI

La cour d'appel de
Marrakech

Tribunal de première instance
de Marrakech.

Dossier numéro :
244/23/07

En date du 20 septembre 2007, le tribunal de première instance de Marrakech a rendu le jugement suivant :

Entre : Madame X

Demeurant à

Représentée par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Demanderesse d'une part.

Et Monsieur Y

Demeurant à ;

Représenté par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Défendeur d'autre part.

LES FAITS :

Vu la requête introductive d'instance enregistrée et acquittée de la taxe judiciaire le 06/02/2007, dans laquelle la demanderesse expose que le défendeur est son mari avec qui elle a deux enfants et que la continuité de la vie conjugale est devenue impossible entre eux. Elle requiert du tribunal de prononcer le divorce pour discorde entre eux. L'acte de reprise de mariage est annexé à la requête.

Vu l'enrôlement du dossier de l'affaire dans l'audience en date du 20/09/2007 au quelle se sont absents les deux parties et l'avocat du défendeur en dépit qu'ils sont informés de la date de l'audience, tandis que l'avocat de la demanderesse a comparu. Et l'affaire est mise en délibéré à la même audience.

ET APRES EN AVOIR DELIBERER CONFORMEMENT A LA LOI :

Attendu que la demande tend au divorce pour discorde.

Attendu que la demanderesse s'est absentée à l'audience à la quelle l'affaire est mise en délibéré.

Attendu que la procédure de discorde est principalement une procédure de réconciliation qu'emprunte l'un ou les deux époux en vue de solutionner un litige les opposant et qu'on craint de devenir discorde. Et que le divorce n'est prononcé que si la tentative de réconciliation est infructueuse et la discorde persiste, ce qui nécessite obligatoirement l'existence entre les époux d'un différent rendant impossible la continuité de la vie conjugale, mais aussi la comparution du demandeur à toutes les audiences, de réconciliation et autres, tenues par le tribunal pour statuer sur la demande. Ce qui permettra au tribunal de s'assurer de la continuité de la discorde entre les époux et qu'aucune autre solution, que le divorce, n'est appropriée, cela permettra aussi au tribunal d'apprécier le caractère sérieux de la demande d'autant plus qu'il s'agit d'un divorce irrévocable qui dissout immédiatement le rapport conjugal et aucune reprise n'est permise qu'avec un nouvel acte de mariage, par conséquent le tribunal décide l'irrecevabilité de la demande.

Il echet de condamner la demanderesse aux dépens.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort :

En la forme : Déclare la demande irrecevable et condamne la demanderesse aux dépens.

en vertu de l'article 97 du code de la famille, si la tentative de réconciliation n'aboutisse pas et la discorde persiste entre les époux, le tribunal en dresse un procès verbal et prononce le divorce

Royaume du Maroc

AU NOM DE SA MAJESTE LE ROI

La cour d'appel de
Marrakech

Tribunal de première instance
de Marrakech.

Dossier numéro :
2053/08/2004

En date du 17 février 2005, le tribunal de première instance de Marrakech a rendu le jugement suivant :

Entre : Madame X

Demeurant à

Représentée par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Demanderesse d'une part.

Et Monsieur Y

Demeurant à ;

Représenté par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Défendeur d'autre part.

LES FAITS :

Vu la requête introductive d'instance enregistrée et acquittée de la taxe judiciaire le 26/07/2004, dans laquelle le demandeur expose qu'il s'est marié avec la défenderesse le 03/05/2002 selon l'acte de mariage numéro folio....., et qu'en raison du comportement de son épouse il sollicite le divorce pour discorde et la condamnation de celle-ci aux dépens. L'acte de mariage est annexé à la requête.

Vu la requête reconventionnelle présentée par la défenderesse par laquelle elle demande de lui ordonner le paiement de ses droits dus comme suit : le don de consolation 10000dh, sa pension alimentaire pendant la durée de viduité 3000dh, et la pension alimentaire de leur enfant pendant ce délai

1500dh, et frais du logement 3000dh et rémunération de la garde 500dh par mois à partir de la date du jugement en plus des dépens et l'exécution en provision et d'ordonner au défendeur en incident la consigne des droits dus à la caisse du tribunal.

Vu le mémoire en défense du demandeur principal dans lequel il réitère la responsabilité de la défenderesse de la détérioration de la vie conjugale entre eux en soulignant qu'elle lui a déjà réclamé un logement loin de ses enfants mineurs qu'il a eus avec sa défunte épouse, ce qui les priverait de leur droit de vivre avec leur père, et ainsi l'oblige à demander le divorce, et sa situation matérielle ne lui permet pas de payer les montants demandés notamment qu'il est un simple fkih et il vit de certains dons aumôniers.

Vu le jugement avant dire droit prescrivant de différer les parties devant la chambre du conseil pour la tentative de réconciliation, et que le dossier de l'affaire y est enrôlé à plusieurs audiences dont la dernière était en date de 01/12/2004 à laquelle ont comparu les parties et leurs avocats et toutes les tentatives de réconciliation sont vaines.

Vu le jugement avant dire droit rendu le 23/12/2004 déterminant les droits dus à l'épouse : la pension alimentaire pendant le délai de viduité 1200dh, les frais du logement pendant ce délai 1200dh, le don de consolation 7000dh et les droits de la fille Imane : la pension alimentaire 400dh, et les frais de son logement 400dh. Et ordonne au demandeur à consigner ces montants à la caisse du tribunal dans un délai d'un mois à partir de la date du jugement.

Vu les conclusions du ministère public.

Vu l'enrôlement du dossier de l'affaire à l'audience en date du 27/01/2005 au quelle ont comparu les avocats des parties et est versé au dossier le récépissé de consigne des droits dus. La mise en délibéré de l'affaire est décidée pour le 17/02/2005.

ET APRES EN AVOIR DELIBERER CONFORMEMENT A LA LOI

En la forme : Attendu que la requête est présentée selon les conditions exigées par la loi et elle est recevable en la forme.

Au fond : Attendu que la demande tend au prononcé du divorce pour discorde entre les parties et condamner la défenderesse aux dépens.

Attendu que la relation conjugale est établie par l'acte produit au dossier.

Attendu que la défenderesse réclame ses droits dus comme mentionnés ci-dessus.

Attendu que le demandeur tient au divorce et toutes les tentatives de réconciliation sont infructueuses.

Attendu qu'en vertu de l'article 97 du code de la famille, si la tentative de réconciliation n'aboutisse pas et la discorde persiste entre les époux, le tribunal en dresse un procès verbal et prononce le divorce, d'où la demande de divorce est bienfondé.

Attendu que par jugement avant dire droit rendu le 23/12/2004, les droits dus sont déterminés comme détaillé plus haut, et qu'ils sont consignés dans la caisse du tribunal dans le délai d'un mois comme le prouve le récépissé numéro..... compte numéro.....

Attendu que le tribunal décide de mettre les dépens à la charge du demandeur.

En application des dispositions des articles 1, 3, 18, 32, 50 et suivants et 124 du CPC et 94 et suivants du NCF.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort :

En la forme : déclare la demande recevable,

Au fond : prononce le divorce pour discorde entre les parties et condamne le demandeur aux dépens.

Le divorce pour discorde est prononcé à chaque fois que les tentatives de réconciliation n'aboutissent pas et ne nécessite aucune exigence de preuve

Royaume du Maroc

AU NOM DE SA MAJESTE LE ROI

La cour d'appel de
Marrakech

Tribunal de première instance
de Marrakech.

Dossier numéro :
04/08/2005

En date du 03 mars 2005, le tribunal de première instance de Marrakech a rendu le jugement suivant :

Entre : Madame X

Demeurant à

Représentée par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Demanderesse d'une part.

Et Monsieur Y

Demeurant à ;

Représenté par Maître..... avocat au barreau de Marrakech.

Défendeur d'autre part.

LES FAITS :

Vu la requête introductive d'instance enregistrée et acquittée de la taxe judiciaire le 20/07/2004, dans laquelle la demanderesse expose que le défendeur est son mari depuis 1994 et qu'il ne cesse d'abuser d'elle, la frapper et l'entraîner dans une vie infernale et l'a privée de tout entretien en dépit qu'il est aisé, et qu'il est dépendant des alcools et des stupéfiants de toutes sortes, ce qui lui porte préjudice matériel et moral. Elle sollicite le divorce pour discorde et l'exécution provisoire et la condamnation du défendeur aux dépens. Une copie de l'acte de mariage est annexée à la requête.

Vu le mémoire en défense dans lequel il est dit que l'article 94 du code de la famille parle d'une solution du litige craignant de devenir discorde, et que la discorde doit être établie par témoins et autres moyens de preuve, et que la

demanderesse a produit un certificat médical et devrait recourir à la procédure prévue par l'article 98 du code de la famille, et que la cause du problème réside en ce qu'elle ne s'est pas adaptée à la ville de Tinghir et qu'elle intente cette action en dépit des efforts de réconciliation menés par les membres de la famille et conclut au débouté de la demande et subsidiairement ordonner une enquête entre eux .

Vu le mémoire de la demanderesse dans lequel elle réitère sa demande et produit un jugement du tribunal de première instance d'Eljadida, copie des réponses des ministres de la justice et des affaires islamiques au parlement et copie du guide pratique.

Vu le mémoire du défendeur dans lequel est souligné que le débat soulevé dans ce dossier est plus que juridique et est un débat social relatif à la recherche d'une voie de solution du litige en protégeant le rapport conjugal et l'avenir de l'enfant.

Vu le jugement avant dire droit prescrivant de différer les parties devant la chambre du conseil pour la tentative de réconciliation, et que le dossier de l'affaire y est enrôlé à plusieurs audiences dont la dernière était en date de 01/12/2004 à laquelle ont comparu les parties et leurs avocats et toutes les tentative de réconciliation sont vaines.

Vu la requête rectificative présentée par la demanderesse et acquittée de la taxe judiciaire le 22/11/2004, en vertu de laquelle, elle précise le nom de famille du défendeur. Une copie du certificat de vie de l'enfant est versée au dossier.

Vu la décision de déférer le dossier devant la chambre du conseil pour y appliquer les formalités procédurales prévues pour la discorde. Les parties ont comparu à l'audience de réconciliation du 22/11/2004, mais la tentative de réconciliation n'a pas abouti, et la demanderesse réitère sa demande de divorce et le défendeur avoue qu'il s'adonne à l'ivresse de temps en temps et qu'il usait des stupéfiants avant son mariage.

En audience du 10/03/2006 les deux arbitres qui ont été désignés produisent leur rapport.

Vu les conclusions des parties

Vu les conclusions du ministère public.

L'affaire est mise en délibéré pour le 03/03/2005.

ET APRES EN AVOIR DELIBERER CONFORMEMENT A LA LOI

En la forme : Attendu que la requête est présentée selon les conditions exigées par la loi et elle est recevable en la forme.

Au fond : Attendu que la demande tend au prononcé du divorce pour discorde.

Attendu que les défenses du défendeur consiste en ce que la demanderesse n'a pas établi le préjudice qu'elle allègue et que l'objectif des dispositions de l'article 94 du code de la famille est de solutionner un litige qui pourrait devenir discorde ce qui rend la demande juridiquement infondé.

Attendu que contrairement à ce que soutien le défendeur, le législateur ouvre aux époux en vertu de l'article 94 du code de la famille le droit de recourir préventivement au tribunal pour solutionner des différends d'ordre familial qui pourraient devenir discorde, et que le tribunal a accompli dans le cadre de ces dispositions deux tentatives de réconciliation restées infructueuses et a désigné les arbitres des familles des époux et n'ont pas abouti à les réconcilier et que la demanderesse durant ces étapes tient à sa requête de dissolution de l'acte de mariage par voie de divorce, ce qui rend la discorde existante et justifie la désunion selon l'article 97 du code de la famille qui ne nécessite aucune preuve du préjudice. Ainsi le législateur offre le divorce pour discorde aux épouses qui ne peuvent pas établir le préjudice et la défense est sans fondement juridique, et suivre un tel raisonnement viderait la réforme du code de la famille de son esprit et son objectif tendant à rendre le divorce accessible pour les épouses qui n'arrivent pas à prouver leur préjudice ou qui désirent conserver leurs intimités.

Attendu que d'un autre coté l'épouse demanderesse souffre des actes de son mari qui, même n'usant plus de stupéfiant selon ses dires, avoue qu'il continue toujours d'être dépendant de l'alcool qui est un préjudice important aux termes dudit code et établit la responsabilité du mari du fait de divorce.

Attendu que pour ces motifs la demande de divorce est bienfondé et il echet de déterminer les droits dus comme détaillé ci-dessous.

Attendu que le tribunal décide de mettre les dépens à la charge du demandeur.

En application des dispositions des articles 1, 3, 18, 32, 50 et suivants et 124 du CPC et 94 et suivants du NCF.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort :

En la forme : déclare la demande recevable,

Au fond : prononce le divorce pour discorde entre les parties.....

**La procédure de discorde instaure au profit de la femme un droit
homologue à celui du mari de mettre fin à la relation conjugale**

Royaume du Maroc

AU NOM DE SA MAJESTE LE ROI

La cour d'appel de
Marrakech

Tribunal de première instance
de Marrakech.

Dossier numéro :
2114/08/2004

En date du 25 novembre 204, le tribunal de première instance de
Marrakech a rendu le jugement suivant :

Entre : Madame X

Demeurant à

Représentée par Maître avocat au barreau de Marrakech.

Demanderesse d'une part.

Et Monsieur Y

Demeurant à ;

Représenté par Maître avocat au Marrakech.

Défendeur d'autre part.

LES FAITS :

Vu la requête introductive d'instance enregistrée et acquittée de la taxe judiciaire le 02/08/2004, dans laquelle la demanderesse expose que le défendeur est son mari depuis huit ans durant les quels ils sont en litige selon les décisions de justice rendues et procès verbaux réalisés lors de son accusation par le défendeur d'adultère et poursuivie par le ministère public mais innocentée par la juridiction répressive et qu'elle lui est déjà arrivé d'intenter une action en divorce pour préjudice et qu'il ne cesse de lui réclamer un montant de cent mille dirhams pour la répudier en lui faisant chantage et tous les motifs de divorce énoncés par le législateur(préjudice, défaut d'entretien, accusation...etc.) sont réunis dans son cas. Elle sollicite le prononcée divorce pour discorde, préjudice, défaut d'entretien, délaissement et serment de continence et de statuer sur la charge des dépens. Elle a annexé à

sa requête des copies : du procès verbal de police judiciaire, d'arrêt de la cour d'appel de Marrakech rendu en matière correctionnelle....., Jugement numéro..., arrêt de la cour d'appel en dateet procès verbal de refus d'intégration du domicile conjugal.

Vu le mémoire en réponse du défendeur dans lequel il soutien que l'arrêt de la cour d'appel qui a prononcé le divorce est cassé par la cour suprême au motif que le fait de porter plainte par le défendeur contre son épouse est justifié légalement car elle était à table avec une personne étrangère au restaurant....et que le défaut d'entretien est fondé sur le jugement de suspension de pension alimentaire après avoir refusé d'intégrer le domicile conjugal, il conclut au débouté de la demande. Il joigne au mémoire des copies : de l'arrêt de la cour suprême, du procès verbal d'exécution et procès verbal de refus d'intégration du domicile conjugal.

Vu les conclusions de la demanderesse dans les quelles elle rapporte que le préjudice est établi du fait que son mari l'accuse, l'insulte et la prive du sentiment maternel et persiste à la priver de sa jeunesse et lui réclame un montant de deux cents mille dirhams en lui faisant chantage. Deux copies de deux arrêts de la cour d'appel sont annexées aux conclusions.

Vu la décision du tribunal de renvoyer le dossier devant la chambre du conseil en date du 23/09/2004 pour y appliquer la procédure de discorde et après avoir tenté vainement de réconcilier les parties, l'épouse réitère sa demande de divorce pour les faits qu'elle a étalé dans sa requête, la mari réplique en niant les faits exposés par son épouse et ajoute qu'elle lui a détourné un montant de deux cents mille dirhams et qu'il est propriétaire de la moitié de la maison dont il réclame le partage, et que son revenu mensuel est de trois mille à quatre mille dirhams et qu'il a présenté une plainte après avoir surpris son épouse avec une personne étrangère et qu'il y tient et peut se réconcilier avec elle en dépit de ce qui s'est passé.

Vu les conclusions de la demanderesse qui soulignent l'impossible continuation de la vie conjugale entre eux.

Vu les conclusions du défendeur tendant au débouté de la demande.

Vu les conclusions du ministère public.

L'affaire est mise délibéré pour le 25/11/2004.

ET APRES EN AVOIR DELIBERER CONFORMEMENT A LA LOI

En la forme : Attendu que la requête a été présentée selon les conditions exigées par la loi et elle est recevable en la forme.

Au fond : Attendu que la demande tend au prononcé du divorce pour discorde, préjudice, défaut d'entretien et délaissement.

Attendu que les tentatives de réconciliation sont restées infructueuses.

Attendu que les faits constituant la discorde entre les parties sont :

Du coté de l'épouse : accusations d'adultère par le mari, le chantage permanent, privation du sentiment maternel, défaut d'entretien et délaissement.

Du coté du mari : le mari considère qu'ils peuvent dissiper les problèmes conjugaux dont ils souffrent.

Attendu que le tribunal de par ce qui s'est déroulé dans les différentes audiences et ce qui est porté dans les pièces du dossier, il en déduit l'impossibilité de continuation de la vie conjugale entre les parties car leur vie est entachée de plusieurs procédures, litiges et actions en justice, que ce soit de pension alimentaire, de réintégration du domicile conjugal, de suspension de la pension alimentaire ou de demande de divorce pour préjudice, ce qui fait perdre tout affection entre eux.

Attendu que la défense soulevée par le mari qui consiste en ce que le préjudice allégué n'est pas établi et par la suite la demande de divorce est infondé, ne tient pas sur le plan juridique du fait que le NCF, en apportant l'institution de divorce pour discorde, veut se dissocier de la théorie classique du préjudice fondant le divorce. C'est pourquoi il permet à l'épouse à chaque fois qu'elle n'arrive pas à établir le préjudice de recourir à la procédure de divorce. Et que l'élément substantielle est de percevoir la famille en tant qu'entité devant être protégée et régler les problèmes dont elle souffre ce qui ne se fait qu'en reconnaissant à l'épouse un droit, homologué à celui du mari, de dissoudre le mariage à chaque fois que la continuité de la vie conjugale s'avère impossible. D'où la déclaration de l'épouse de sa volonté de mettre fin au mariage rend existant l'état de discorde et sa demande de divorce est bienfondé.

Attendu qu'il échet de déterminer les droits dus à l'épouse.

Attendu que le défendeur qui a succombé doit être condamné aux dépens.

En application des dispositions des articles 1, 3, 18, 32, 50 et suivants et 124 du CPC et 94 et suivants du NCF.

PAR CES MOTIFS :

Le tribunal statuant publiquement, contradictoirement et en premier ressort :

En la forme : déclare la demande recevable,

Au fond : prononce le divorce pour discorde entre les parties.....

Table des matières

REMERCIEMENTS	3
LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	4
SOMMAIRE.....	5
INTRODUCTION.....	6
PREMIÈRE PARTIE : LA DISCORDE, CAUSE DE DIVORCE.....	14
CHAPITRE PREMIER : LA DISCORDE JUSTIFIANT LE DIVORCE.....	17
SECTION PREMIÈRE : LA NOTION DE DISCORDE.....	19
<i>Paragraphe premier : Fondements et conceptions doctrinaux de la discorde</i>	<i>19</i>
A. La discorde, procédure de réconciliation	20
I. Arbitres réconciliateurs.....	21
II. Arbitres mandataires des époux.....	24
B. La discorde, procédure de divorce.....	26
I. Les défenseurs de la théorie de la discorde voie d'achèvement du litige entre les époux	27
II. Les arguments en faveur de la discorde cause de divorce.....	28
C. Evaluation Critique.....	30
<i>Paragraphe deuxième : La conception de la procédure de discorde par les législations contemporaines</i>	<i>33</i>
A. La procédure de discorde dans les législations étrangères.....	33
B. La conception de discorde en droit marocain.....	37
C. Appréciation Critique.....	42
SECTION SECONDE : LA DISCORDE AU REGARD DES AUTRES VOIES DE DIVORCE	46
<i>Paragraphe premier : Le divorce pour discorde et la répudiation</i>	<i>46</i>
A. La notion de répudiation «ou Talaq »	47
I. La répudiation par déclaration unilatérale de l'époux	48
II. La répudiation consentie à l'épouse	50
III. La répudiation moyennant compensation ou « Khol' ».....	52
IV. La répudiation pour consentement mutuel.....	54
B. Distinction, la discorde de la répudiation.....	55
I. Les différences de fond entre la répudiation et la discorde	58
II. L'avenir de la répudiation au vue de la discorde.....	60

<i>Paragraphe deuxième : Le divorce pour discorde et les voies traditionnelles de divorce</i>	62
A. Les différentes voies traditionnelles de divorce	62
I. Le divorce pour préjudice	63
II. Le divorce pour défaut d'entretien	66
III. Le divorce pour absence du mari	68
IV. Le divorce pour vices rédhibitoires	69
V. Le divorce pour serment de continence ou délaissement	70
B. Les rapports entre la discorde et les voies traditionnelles de divorce	72
I. La discorde, voie de divorce facultative	73
II. La discorde, voie de divorce alternative	75
C. Appréciation critique	76
CHAPITRE SECOND : LES CAS DE DISCORDE LÉGALEMENT PRÉSUMÉE	80
SECTION PREMIÈRE : LA DISCORDE, CONSÉCUTIVE À LA VIOLATION DES OBLIGATIONS CONJUGALES	82
<i>Paragraphe premier: La conception des obligations conjugales, sous le code de statut personnel</i>	82
A. Le contenu des obligations conjugales sous l'ancien code	83
I. Les droits et devoirs communs aux époux	83
II. Les droits de l'épouse à l'égard de son mari	86
III. Les droits du mari à l'égard de sa femme	88
B. La portée des obligations conjugales énoncées par l'ancien code	90
<i>Paragraphe second : La discorde, sanction légale de l'inobservation des obligations conjugales, sous le nouveau code</i>	93
A. La nouvelle théorie des droits et devoirs réciproques entre les époux	93
B. La violation des devoirs conjugaux	96
C. Appréciation	98
SECTION SECONDE : LA DISCORDE CONSÉCUTIVE À UN DÉSACCORD ENTRE LES ÉPOUX	100
<i>Paragraphe premier : Le désaccord entre époux sur une question ayant rapport avec la rupture du lien conjugal</i>	100
A. Le refus de l'épouse de reprendre le lien conjugal	101
B. Le mari refuse le principe du khol'	104
C. L'épouse incapable de prouver le préjudice	105
<i>Paragraphe second : Le désaccord des époux sur la polygamie</i>	106
A. La notion de polygamie et son évolution	106
B. Le litige des époux sur la polygamie	110
SECONDE PARTIE : L'INSTANCE DE DIVORCE POUR DISCORDE	114

CHAPITRE PREMIER : LA PROCÉDURE DE DIVORCE POUR DISCORDE	117
SECTION PREMIÈRE : INITIATION DE LA PROCÉDURE DE DIVORCE POUR DISCORDE	119
<i>Paragraphe premier : L'ouverture de l'action en divorce pour discorde.....</i>	<i>119</i>
A. Le tribunal compétent.....	120
I. Les sections de la justice de la famille.....	120
II. La particularité des règles de compétence territoriale en matière de divorce	124
B. La requête en divorce pour discorde	126
I. Le contenu de la demande en divorce pour discorde	127
II. Les pièces jointes à la demande de divorce.....	128
III. Le paiement de la taxe judiciaire	130
<i>Paragraphe deuxième : Les parties à l'action en divorce pour discorde.....</i>	<i>132</i>
A. Les époux dans l'action en divorce	133
B. Le ministère public dans l'action en divorce.....	135
I. La réglementation législative.....	136
II. Les positions jurisprudentielles et doctrinales.....	138
SECTION SECONDE : LES FORMALITÉS DE RÉCONCILIATION DANS LA PROCÉDURE DE DIVORCE POUR DISCORDE	144
<i>Paragraphe premier : La phase judiciaire de la réconciliation des époux.....</i>	<i>144</i>
A. L'évolution de la procédure de réconciliation avant la promulgation du nouveau code... 145	
I. La réconciliation en matière de répudiation avant le nouveau code	145
II. La tentative de réconciliation dans les actions en divorce avant le nouveau code	147
B. La réconciliation judiciaire dans l'action en divorce.....	149
I. La réglementation légale de la convocation des époux à l'audience de réconciliation ..	150
II. La conciliation proprement dite.....	152
<i>Paragraphe deuxième : Les procès de réconciliation extra judiciaires.....</i>	<i>154</i>
A. Les arbitres.....	155
I. Les conditions requises pour la personne des arbitres.....	155
II. La mission des arbitres.....	158
B. Les substituts des arbitres	161
I. Le conseil de la famille	161
II. Les autres personnes qualifiées à réconcilier les époux.....	163
CHAPITRE SECOND : LE JUGEMENT DE DIVORCE POUR DISCORDE.....	165
SECTION PREMIÈRE : LES EFFETS DU JUGEMENT DE DIVORCE À L'ÉGARD DES ÉPOUX	168
<i>Paragraphe premier : Les droits extra patrimoniaux résultant du divorce pour discorde</i>	<i>168</i>

A. La garde des enfants.....	169
I. La notion de garde des enfants.....	169
II. Les dévolutaires de la garde des enfants.....	172
B. La visite et la réception des enfants soumis à la garde.....	174
I. Le principe légal.....	175
II. Aménagement conventionnel	176
<i>Paragraphe deuxième : Les droits patrimoniaux des ex-conjoints et des enfants.....</i>	<i>177</i>
A. Les droits dus à l'épouse et aux enfants.....	178
I. Les droits dus à l'épouse	178
a. Le don de consolation.....	178
b. Le reliquat du Sadaq.....	183
c. L'entretien pendant la retraite de continence.....	184
d. La rémunération de la garde des enfants	185
II. Les droits dus aux enfants	186
a. La pension alimentaire.....	186
b. Les frais du logement.....	188
B. L'indemnité compensatrice de l'ex-époux.....	189
I. Les fondements juridiques	190
II. La pratique jurisprudentielle de l'indemnité compensatrice de l'ex-époux.....	192
C. Appréciation critique	195
SECTION SECONDE : LES EFFETS ABSOLUS DU JUGEMENT DE DIVORCE POUR DISCORDE.	197
<i>Paragraphe premier : La dissolution définitive du mariage.....</i>	<i>197</i>
A. Le caractère irrévocable du divorce pour discorde.....	198
B. La retraite de continence	200
<i>Paragraphe second : Les effets d'ordre procédural.....</i>	<i>203</i>
A. Le recours contre le jugement de divorce pour discorde	203
I. Le caractère définitif de la décision relative au divorce.....	204
II. La partie du jugement sujette aux recours.....	206
B. L'exécution du jugement de divorce pour discorde	207
I. L'exécution du divorce proprement dit.....	207
II. L'exécution des droits résultant du divorce.....	208
CONCLUSION.....	211
BIBLIOGRAPHIE	213
❖ OUVRAGES GENERAUX	213
❖ OUVRAGES SPECIAUX	214

❖	THESES ET MEMOIRES	217
❖	ARTICLES ET CONTRIBUTIONS	219
❖	REVUES ET PERIODIQUES.....	224
	ANNEXES	226
	ANNEXE1 - LES STATISTIQUES DES SECTIONS DE LA JUSTICE DE LA FAMILLE EN MATIÈRE DE DIVORCE ET RÉPUDIATION	227
	ANNEXE2 - DÉCISIONS DE JUSTICE RENDUES EN MATIÈRE DE DIVORCE POUR DISCORDE...	236
	TABLE DES MATIÈRES	260

LE DIVORCE POUR DISCORDE EN DROIT MAROCAIN SOUS LE NOUVEAU CODE DE LA FAMILLE

Résumé

Le rétablissement de l'égalité rompue entre les époux était l'une des questions épineuses qui ont motivé les différentes réclamations des réformes du droit de la famille au Maroc.

La nouvelle voie de divorce pour discorde s'inscrit dans cette logique qui est d'octroyer à la femme le droit de se libérer du lien de mariage sans qu'elle ait besoin d'établir aucun motif, tout comme le droit du mari à la répudiation.

La procédure de discorde, d'origine purement religieuse, est appelée à assurer une double fonction, d'une part, répondre à la question du référentiel religieux, d'autre part, rétablir l'égalité entre les sexes lors de la rupture du lien conjugal. Mais la réglementation législative de cette institution cache un consensus entre les deux courants : conservateur traditionaliste et celui favorable à la promotion des droits de la femme, ce qui ne manque de se répercuter sur la pratique jurisprudentielle et l'appréhension doctrinale de la procédure de divorce et menace l'existence même des motifs classiques de divorce voire de la répudiation.

Mots clés : Le divorce pour discorde, le divorce pour les motifs classiques, la répudiation, la preuve du motif de divorce, l'égalité des époux, droit musulman, le référentiel universel.

DIVORCE ON THE GROUND OF DISCORD ON MOROCCAN LAW UNDER THE NEW FAMILY CODE

Summary

Restoring the equality disrupted between spouses is one of the big issues which motivated the claims to reform the family code in Morocco.

The new divorce on the ground of discord is to grant women the right to free herself from the marriage bond without providing a cause, same as the right of men of repudiation.

The discord procedure, which is purely religious, aims at answering the religious terms of reference and restoring the equality between men and women when the marital bond is terminated.

However, the legislative regulation in this institution hides a consensus between the two parties: conservative and traditionalist vrs the one in favor of promoting women's right. This affect the practice of the law case and the apprehension of doctrinal nature of the divorce procedure. It also presents a threat to the classic causes of divorce and even to the repudiation.

Key Words: Divorce on the ground of discord, Divorce for classic causes, Repudiation, the proof of the divorce's cause, Equality of the spouses, Muslim law, Universal terms of reference.