

Concepts, intérêts et valeurs dans l'interprétation du droit de la famille

Zineb KETTANI

Avocat au Barreau de Casablanca

Radia BOUHLAL

Professeur de droit à l'Université Internationale de Casablanca

Historiquement, le Maroc a connu le passage de plusieurs dynasties musulmanes. Les Arabes venus de l'orient, porteurs de l'islam, ont cohabité avec les Amazighs (berbères). Le Maroc a choisi d'adopter l'islam depuis le huitième siècle sous le rite sunnite Malikite au temps des Idrissides¹. L'influence de l'islam est alors omniprésente dans le paysage juridique marocain aux côtés du droit coutumier et de la justice berbère de l'époque.

Plus tard, le Maroc a été, de 1912 à 1956, sous protectorat espagnol au nord et au sud et français au centre. Cela a généré le développement d'un système juridique complexe.

La justice berbère a été mise à l'écart et à l'index de la légalité au lendemain de l'indépendance.² Aussi, la législation apportée par le Protectorat Français, jusque là réservée aux français, a étendu son application à tous les Marocains.

De nombreux codes ont vu le jour dont celui relatif aux règles de droit musulman se rapportant au statut personnel et au régime successoral³. Le Maroc a ensuite connu une refonte totale de son système législatif en s'inspirant du droit européen, notamment du droit français. Mais l'islam reste un système de référence et une source d'inspiration pour le législateur et le juge⁴.

Au Maroc, comme partout ailleurs, les sources du droit diffèrent d'une discipline juridique à une autre. Les sources du droit de la famille sont principalement le droit musulman.

Les principes religieux irriguent largement l'interprétation des règles en droit de la famille et l'ordre public reste un garde fou limitant toute dérive dans l'interprétation de la loi surtout dans le domaine du droit international privé.

La première source du droit musulman est le Coran, qui est la parole de Dieu. La deuxième source est la Sunna, qui regroupe les dires ou Hadith et les faits du prophète Mohammed.

Lorsque le Coran et la Sunna ne fournissent pas la solution à une difficulté donnée, il est fait appel au consentement unanime de la communauté musulmane (l'ijmaa), et si ce dernier fait défaut, il est fait recours au raisonnement par analogie (kiyas).

De part la Constitution Marocaine, l'Islam est la religion de l'Etat et le libre exercice des cultes est garanti à tous.⁵ Le Roi est le chef de l'Etat et le Commandeur des croyants.

Les représentants de la Oumma (la communauté) lui prêtent serment d'allégeance, c'est ce qui s'appelle en Droit musulman : la Bey'a.

Elle est une notion fondamentale de la théorie constitutionnelle de l'Etat islamique.

¹ ROUGUI M., Le Maroc est de rite Malikite...pourquoi? Editions du Ministère des Habous et des affaires islamiques, 2003 (en arabe)

² Mustapha El QADERY, La justice coloniale des « berbères » et l'État national au Maroc, p. 17-37.

³ Code du statut personnel approuvé par le dahir n° 1-57-343 rendant applicables les dispositions des livres I et II relatifs respectivement au mariage et à sa dissolution, par le dahir n° 1-51-379 rendant applicables les dispositions du livre III relatif à la filiation et à ses effets, et par le dahir n° 1-58-019 rendant applicables les dispositions du livre IV relatif à la capacité et à la représentation légale, amendé par dahir portant loi 1-93-347 du 10/09/1993 puis par le dahir 1-04-22 du 03/02/2004 portant loi 70-03 formant code de la famille, publiée au bulletin officiel du 06/10/2005.

⁴ LAHOSSINE BELLOUCH, L'islam : source d'inspiration du droit marocain.

⁵ Constitution Marocaine, 2011, Art.3

Le statut personnel des citoyens musulmans est régi par l'interprétation locale de la charia. Les Juifs marocains ont leurs propres tribunaux rabbiniques qui gèrent les questions de statut personnel telles que le mariage ou l'héritage.

La famille, fondée sur le lien légal du mariage est la cellule de base de la société.⁶

Au Maroc, les profondes mutations que la famille connaît⁷ sous l'effet conjugué de facteurs tels que le développement économique, la scolarisation des filles, l'entrée des femmes dans le monde du travail, font que l'institution familiale est traversée par des courants contradictoires qui font d'elle un champ de lutte entre l'ancien et le nouveau, entre la tradition et la modernité. En effet, la mosaïque familiale est à présent composée de plus en plus de familles monoparentales ou recomposées.

Evoluant dans un pays musulman, l'institution familiale au Maroc est fondée sur un ensemble de valeurs d'essence religieuse qui forment un véritable socle autour duquel se greffent d'autres règles qui puisent leur source dans la coutume et, plus généralement, dans la morale sociale.

L'éthique musulmane accorde une place de choix au mariage qu'elle érige en véritable institution. Cette valorisation du mariage découle directement du Coran et de la Sunna.

Les autres branches du droit viennent d'ailleurs soutenir et conforter cette institution qu'elles protègent.

De son côté, le Droit pénal se montre soucieux de préserver la pérennité familiale. En effet, il érige en infraction le fait pour l'un des parents d'abandonner sans raison valable sa famille considérant que cet acte est déstabilisant pour l'Ordre familial.⁸

La solidarité familiale est également un principe défendu par le code pénal qui s'oppose à ce que l'on réprime certains comportements lorsqu'ils sont l'oeuvre de membres d'une même famille.⁹

En matière matrimoniale, afin de mieux préserver la pérennité du mariage, le Code pénal subordonne la condamnation pour adultère à la plainte du conjoint offensé. Le retrait de la plainte par le conjoint lésé met fin aux poursuites.

Le code pénal est tellement enclin à préserver la famille et l'honneur qu'il allait jusqu'à permettre au ravisseur de « réparer » sa faute en « épousant la jeune fille nubile enlevée ou détournée »¹⁰ et d'échapper à toute poursuite, sauf plainte des parents de celle-ci.

En janvier 2014, la Chambre des représentants a adopté, à l'unanimité, une proposition de loi portant abrogation de l'alinéa 2 de l'article 475 du Code pénal. Cette décision a été prise 2 ans après le suicide d'une jeune fille violée, forcée à se marier avec son ravisseur. Le législateur a ainsi réalisé les limites au principe de préservation de la notion de famille au profit de la protection et de la liberté de la femme.

⁶ Constitution Marocaine, 2011, Art.32

⁷ MOKHTAR EL HARRAS, 50 ans de développement humain au Maroc, perspectives 2025 : rapports thématiques : Les mutations de la famille au Maroc, p106. 2006.

⁸ Dahir 1.59.415 du 26/11/1962 portant approbation du Code pénal, Art.479 : « Est puni de l'emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 200 à 2 000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement :

- Le père ou la mère de famille qui abandonne sans motif grave, pendant plus de deux mois, la résidence familiale et se soustrait à tout ou partie des obligations d'ordre moral et matériel résultant de la puissance paternelle, de la tutelle ou de la garde.

Le délai de deux mois ne peut être interrompu que par un retour au foyer impliquant la volonté de reprendre définitivement la vie familiale.

- Le mari qui, sachant sa femme enceinte, l'abandonne volontairement pendant plus de deux mois, sans motif grave.

⁹ Dahir 1.59.415 du 26/11/1962 portant approbation du Code pénal, art 534 : « n'est pas punissable et ne peut donner lieu qu'à des réparations civiles, le vol commis par des maris au préjudice de leurs femmes, par des femmes au préjudice de leurs maris, par des ascendants au préjudice de leurs enfants ou autres descendants ».

¹⁰ Dahir 1.59.415 du 26/11/1962 portant approbation du Code pénal, article 475.

La dernière réforme du droit de la famille date de 2004 lors de l'adoption du nouveau code de la famille ou Moudouwana¹¹.

Les valeurs prises en compte sont toujours celles de l'islam tolérant ; la préservation et la protection de la famille restant au centre des réformes.

Les mutations sociales ont aussi été prises en compte. La place de la femme dans la famille et dans la société en générale a été renforcée. Il y a eu consolidation de son statut social et de son pouvoir de décision.

La réforme a d'ailleurs placé la famille sous la responsabilité des deux époux. L'émergence d'individus relativement autonomes, égaux, fait du nouveau code de la famille un témoin fondamental des mutations de la famille au Maroc

Le nouveau code de la famille préconise également le passage des rapports conjugaux du modèle de l'obéissance au modèle de la concertation, ainsi que l'institution de la réciprocité des droits et devoirs entre les conjoints. Le rapport conjugal se fonde désormais sur l'égalité, le consentement, l'échange global, la concertation, et la réciprocité des sentiments. L'âge légal du mariage a été porté à 18 ans pour les deux conjoints limitant ainsi le mariage des mineurs. Les restrictions imposées à la polygamie sont aussi un renforcement du rapport conjugal.

Deux lois¹² ont modifié l'article 16 du code de la famille permettant le recours à l'action en reconnaissance de mariage lorsque des raisons impérieuses ont empêché la conclusion de l'acte de mariage.

Enfin, le nouveau code privilégie des formes négociées de résolution des conflits familiaux (divorce par consentement mutuel, médiation).

La *Drittwirkung* ou l'application des normes constitutionnelles dans l'interprétation des lois de droit privé a eu un succès limité en droit de la famille étant donné que celui-ci reste enraciné dans les principes religieux musulmans et entouré du strict respect de l'ordre public. La liberté individuelle consacrée par la Constitution a ses limites. Ainsi, l'homosexualité constitue un délit puni par l'article 489 du code pénal qui prévoit un emprisonnement de 6 mois à 3 ans.

Aussi, le concubinage ou les relations sexuelles entre individus de sexe différent en dehors des liens du mariage est puni d'un emprisonnement de 1 mois à un an selon l'article 490 du code précité.

L'ordre public intervient souvent dans le droit international privé et les relations familiales entre marocains et étrangers. L'application du droit étranger peut être impossible en raison d'une violation de l'ordre public marocain.

En effet, le Maroc ne reconnaît pas un droit acquis sans fraude à l'étranger s'il est contraire à l'ordre public.¹³

¹¹ Dahir 1-04-22 du 03/02/2004 portant loi 70-03 formant code de la famille, publiée au bulletin officiel du 06/10/2005.

¹² Loi 102-15 modifiant la loi 70-03 et fixant à 15 ans la recevabilité de l'action en reconnaissance de mariage à compter de l'entrée en vigueur du code de la famille. Les enfants issus de l'union sont également reconnus.

¹³ Un époux homosexuel ne sera jamais reconnu au Maroc.

Tribunal de première instance de Casablanca, 23/11/1962 : décide la non exequatur d'une décision allemande pour pension alimentaire contre un père naturel marocain ;

Cour Suprême, 14/09/1977 : extension de l'exception d'ordre public aux rapports entre étrangers non musulmans, arrêt ordonnant l'annulation d'un testament français en faveur d'une concubine française pour immoralité. A contrario, le 23/02/1977 la même Cour a validé un legs consenti par un italien à sa concubine marocaine israélite.

Malgré tout, la société marocaine a beaucoup évolué. Des situations pourtant contraires à l'ordre public ont influencé le courant jurisprudentiel.

En effet, un jugement qualifié pour la plupart d'historique a été rendu par le tribunal de première instance de Tanger qui a reconnu la paternité d'une fillette née hors mariage.

Abderrazzak El Hannouchi, militant associatif explique à ce sujet que « *Pour une fois, le juge s'est référé non pas au code de la famille marocain mais à la convention internationale sur les droits de l'enfant, ratifiée par le Maroc, et selon laquelle ce sont les intérêts primordiaux des enfants qui prévalent. Il s'est en outre basé sur la convention européenne sur les droits des enfants, également ratifiée par le Maroc en 2014, celui-ci étant partenaire pour la démocratie avec le Conseil de l'Europe.* »

Ce jugement représente un espoir pour les nombreux enfants nés hors mariage au Maroc et qui sont exclus de la société tant juridiquement qu'économiquement. Pourtant, il s'agit là uniquement de reconnaissance de paternité et non pas de filiation. L'enfant reste illégitime et n'aura droit ni à une pension alimentaire ni aux droits de succession.

L'interprétation du droit de la famille se fait donc toujours dans l'optique de la préservation et la protection de la famille en général et l'enfant en particulier. Le respect de la moralité si chère aux sociétés musulmanes et de l'ordre public est toujours au centre de cette interprétation.

I- LE MARIAGE

L'acte de mariage constitue la preuve du mariage.¹⁴ Le droit de la famille marocain limite le mariage à l'union de personnes de sexes opposés. L'homme musulman peut se marier à une femme non musulmane¹⁵ mais la femme musulmane ne peut se marier qu'avec un musulman. Ainsi, tout étranger souhaitant se marier avec une marocaine devra se convertir à l'islam.¹⁶ Le mariage homosexuel n'est en aucun cas admis ni reconnu.

A- Les aspects extra patrimoniaux du mariage

1- La formation

Le mariage est un contrat écrit soumis à l'autorisation du juge qui vérifie que les conditions légales¹⁷ sont réunies et qu'il n'existe aucun empêchement au mariage. Le droit de la famille marocain prévoit une liste d'empêchements au mariage qui peuvent être temporaires ou perpétuels.

L'acte de mariage est ensuite dressé par deux adouls¹⁸ et signé par les époux et les adouls. Il est ensuite homologué par le juge. L'article 67 du code de la famille détaille les mentions que l'acte de mariage doit comporter.¹⁹

¹⁴ Code de la famille, Art 16, alinéa 1^{er}

¹⁵ Les épouses non musulmanes doivent toutefois appartenir aux religions du Livre et ne pourront pas hériter de leur époux si elles ne se convertissent pas à l'islam car selon l'article 332 du code « il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non musulman ».

¹⁶ Une demande d'autorisation doit être déposée auprès du tribunal de première instance, section mariage mixte. L'époux doit fournir un certificat de capacité délivré par son pays d'origine, visé par le Ministère des affaires étrangères. L'époux converti à l'islam reçoit une autorisation de mariage pour nouveau musulman par le Procureur du Roi près la Cour d'appel du lieu de résidence.

¹⁷ Les conditions qui font la particularité du contrat de mariage au Maroc sont bien le versement de la dot par l'époux, la tutelle matrimoniale de l'épouse a été supprimée par le nouveau code. Les conditions de fond telles que la capacité et le célibat sont bien entendu requises.

¹⁸ Notaire en droit musulman.

¹⁹ Article 67 du code de la famille dispose : « L'acte de mariage doit comporter :

La polygamie est autorisée au Maroc mais le nouveau code de la famille a rendu difficile son application²⁰. En effet, le demandeur doit justifier de motifs exceptionnels et de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers²¹. Par ailleurs, la notification de la première épouse est obligatoire. Si la première épouse refuse la polygamie et demande le divorce, le tribunal prononce le divorce et fixe le montant relatif à tous ses droits y compris le préjudice subi.²² Les époux peuvent également prévoir une clause interdisant le recours à la polygamie dans le contrat de mariage.

Bien que le mariage soit désormais instrumentalisé par les tribunaux, les conditions de forme ont été allégées en ce qui concerne les marocains résidents à l'étranger. En effet, les ressortissants marocains peuvent soit se marier auprès de la section notariale de leur Ambassade ou Consulat soit se marier selon la procédure administrative de leur pays de résidence, en présence de deux témoins musulmans. Une copie doit alors être envoyée dans les trois mois au Consulat qui enverra le document aux officiers de l'Etat civil au lieu de naissance des époux ou au tribunal de première instance de Rabat si les époux ne sont pas nés au Maroc.

En ce qui concerne les mariages mixtes, le mariage peut se faire auprès du Consulat ou de l'Ambassade mais le dossier doit être complété par l'enquête consulaire et les certificats de capacité.²³

Enfin, l'acte de mariage qui n'a pu être établi pour des raisons impérieuses suite à des fiançailles valides peut faire l'objet d'une régularisation à travers la procédure de reconnaissance de mariage²⁴.

-
- 1) la mention de l'autorisation du juge, le numéro de celle-ci et sa date ainsi que le numéro d'ordre du dossier contenant les pièces fournies pour le mariage et le tribunal près duquel il est déposé ;
 - 2) les nom et prénom des deux époux, le domicile ou le lieu de résidence de chacun d'eux, le lieu et la date de naissance, les numéros de leur carte d'identité nationale ou ce qui en tient lieu et leur nationalité ;
 - 3) le nom et le prénom du tuteur matrimonial (Wali) le cas échéant ;
 - 4) le consentement mutuel des deux contractants jouissant de la capacité, du discernement et de la liberté de choix ;
 - 5) en cas de procuration donnée pour conclure un mariage, le nom du mandataire, le numéro de sa carte d'identité nationale et la date et le lieu d'établissement de cette procuration ;
 - 6) la mention de la situation juridique de celui ou celle ayant déjà contracté un mariage ;
 - 7) le montant du Sadaq lorsqu'il est fixé, en précisant la part versée à l'avance et celle à terme, et si sa perception a eu lieu devant les adoul ou par reconnaissance ;
 - 8) les conditions convenues entre les deux parties ;
 - 9) les signatures des époux et du Wali, le cas échéant ;
 - 10) les nom et prénom des adouls et la signature de chacun d'eux et la date à laquelle ils en ont pris acte
 - 11) l'homologation du juge, avec l'apposition de son sceau sur l'acte de mariage.

La liste des documents constitutifs du dossier de l'acte de mariage, ainsi que son contenu, peuvent être modifiés et complétés par arrêté du Ministre de la justice. »

²⁰ Selon Monsieur le Ministre de la justice Mustapha Ramid, la polygamie a connu son plus bas niveau durant les années 2012 et 2013 avec un taux de 0,26% de l'ensemble des mariages au Maroc.

²¹ Article 41 du code de la famille dispose : « Le tribunal n'autorise pas la polygamie dans les cas suivants :
- lorsque sa justification objective et son caractère exceptionnel n'ont pas été établis ;
- lorsque le demandeur ne dispose pas de ressources suffisantes pour pourvoir aux besoins des deux foyers et leur assurer équitablement, l'entretien, le logement et les autres exigences de la vie.

²² C.Cass, arrêt 331 du 23/06/2015, doss 276/2/1/2015 : cassation de l'arrêt de la cour d'appel ayant refusé la polygamie à un époux désireux de donner naissance à un enfant masculin, n'ayant que des filles de son premier mariage et ayant obtenu le consentement de sa première épouse.

²³ Particulièrement l'absence d'empêchements légaux relatifs à la religion des époux.

²⁴ Art 16 du code de la famille : « ...Lorsque des raisons impérieuses ont empêché l'établissement du document de l'acte de mariage en temps opportun, le tribunal admet, lors d'une action en reconnaissance de

2- La dissolution

Le Code de la famille de 2004 a pris des libertés avec les règles coraniques en matière de rupture du lien conjugal, s'écartant ainsi de la seule répudiation que l'on y trouve et en allongeant la liste des cas et possibilités classiques dans lesquels la femme pourrait demander le divorce. Cette avancée par rapport au code de 1957 a permis d'assurer une meilleure protection de l'intérêt de la femme et des enfants.

Le divorce revêt plusieurs formes : le divorce sous contrôle judiciaire (TALAQ) à la demande de l'époux ou de l'épouse, le divorce judiciaire (TATLIQ) pour discorde ou pour d'autres causes, le divorce par consentement mutuel et le divorce moyennant compensation.

Si l'époux demande le divorce (TALAQ), il doit en demander autorisation au tribunal, lequel tente une ou deux conciliations des époux. En cas de non conciliation, le tribunal fixe les droits dus à l'épouse et aux enfants. L'époux doit consigner le montant dans les trente jours sous peine de déchéance de l'action. Après consignation, le juge autorise la transcription du divorce par deux adouls et authentifie l'acte de divorce. Les droits de l'épouse et des enfants sont connus à l'avance mais les montants diffèrent au cas par cas.

L'épouse a droit au paiement du reliquat de sa dot s'il y a lieu, de la pension due pendant la période de viduité (Idda) de trois mois, au don de consolation qui représente une sorte de dommages intérêts²⁵, au logement dans le domicile conjugal pendant la période de viduité (ou indemnité de logement) ainsi qu'une rémunération au titre de la garde des enfants.

Les enfants ont droit à une pension alimentaire calculée en fonction de la situation financière du père tout en tenant compte des conditions de vie et de la situation scolaire avant le divorce.

La femme peut également demander le divorce sous contrôle judiciaire lorsqu'elle exerce le droit d'option que lui aurait consenti son époux au moment de la conclusion du mariage. Une demande est alors faite par elle au tribunal qui tente une conciliation qui, si elle est infructueuse aboutit à l'autorisation d'instrumenter le divorce.

Le divorce judiciaire (TATLIQ) pour raison de discorde (Chiqaq) peut se faire à l'initiative d'un des époux. Il est prononcé en cas d'échec de la conciliation. Il peut être aussi le seul choix réservé à l'épouse qui refuse la polygamie de son époux, qui refuse de revenir à son époux après un divorce révocable²⁶ ou à qui le mari refuse le divorce contre compensation.

Le divorce judiciaire peut être demandé pour d'autres causes. La femme peut demander le divorce pour :

- 1- Le manquement de l'époux à l'une des conditions stipulées à l'acte de mariage²⁷
- 2- Le préjudice subi
- 3- Le défaut d'entretien
- 4- L'absence du conjoint (durant une période excédant un an)

mariage, tous les moyens de preuve ainsi que le recours à l'expertise. Le tribunal prend en considération, lorsqu'il connaît d'une action en reconnaissance de mariage, l'existence d'enfants ou de grossesse issus de la relation conjugale et que l'action a été introduite du vivant des deux époux.... »

²⁵ Ce montant varie en fonction de la durée du mariage, la situation financière de l'époux et le degré d'abus dans le recours au divorce par l'époux.

²⁶ Le divorce révocable est prononcé par le tribunal en raison d'un serment de continence (l'époux refuse de maintenir des relations sexuelles avec son épouse) ou d'un défaut d'entretien (l'époux ne subvient pas aux besoins alimentaires de son épouse). Les liens du mariage peuvent être repris pendant la période de viduité, acte en est pris par deux adouls.

²⁷ Acte ou comportement infamant ou contraire aux bonnes moeurs

- 5- Le serment de continence ou de délaissement (l'épouse saisi le tribunal qui accorde à l'époux un délai de quatre mois avant de prononcer le divorce).

L'époux comme l'épouse peut demander le divorce pour vice rédhibitoire chez le conjoint empêchant les rapports conjugaux ou maladie constituant un danger pour la vie ou la santé de l'autre et dont la guérison ne peut être espérée au cours de l'année.

Le divorce peut également se faire par consentement mutuel. Les époux se mettent d'accord sur la fin de leur union en fixant ou non les conditions de la rupture du lien conjugal. Le tribunal tente là aussi une conciliation puis autorise que soit pris acte du divorce et qu'il soit instrumenté. Ce type de divorce se distingue par sa rapidité et sa simplicité.

Enfin, le divorce moyennant compensation (Khol') est un divorce accordé à l'épouse après acquittement d'un montant ou tout ce qui peut en tenir lieu (comme une obligation).

Si les tentatives de conciliation permettent l'abandon de nombreuses procédures de divorce, les cas de divorce ont tout de même sensiblement augmenté.²⁸ Ce sont plutôt les divorces judiciaires ou «Tatliq» qui explosent ces dernières années. Cette catégorie de résiliation du mariage a atteint un niveau record en 2013²⁹.

Malheureusement, la société marocaine continue à stigmatiser les divorcés, surtout les femmes.

B- Les aspects patrimoniaux du mariage

1- Le régime de la séparation des biens

En droit musulman, le seul régime matrimonial est celui de la séparation de biens. En cas de divorce, les époux reprennent leurs biens propres.

Le patrimoine de la femme mariée est géré par elle. Cette gestion n'appartient jamais au mari. L'épouse dispose librement de ses biens propres et de ses revenus, et elle ne doit aucun compte à son mari qui n'a pas le droit d'exiger d'elle une part de ses revenus à titre de contribution aux charges du ménage qui lui incombent entièrement puisqu'elles constituent son devoir exclusif.

Chaque époux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. La propriété des biens doit être prouvée par chaque époux. En l'absence de factures ou d'actes de propriété, il existe une présomption de propriété des acquêts correspondant à l'usage traditionnel qui est fait du bien par l'homme ou par la femme³⁰.

Enfin, chacun d'eux reste seul tenu de ses dettes nées avant ou pendant le mariage.

2- L'application de l'article 49 du code de la famille

²⁸ TOURIA HOUSSAM, «Divorcé(e) : le devenir et le vivre»

²⁹ Les jugements prononcés en 2012 en ce qui concerne «Tatliq» ont atteint les 40.850 contre 7.213 cas en 2004».

³⁰ L'article 34 du code de la famille dispose : « Tout ce que l'épouse apporte au foyer au titre du *Jihaz* ou de *Chouar* (Trousseau de mariage et ameublement) lui appartient. En cas de contestation sur la propriété des autres objets, il est statué selon les règles générales de preuve. Toutefois, en l'absence de preuve, il sera fait droit aux dires de l'époux, appuyés par serment, s'il s'agit d'objets d'usage habituel aux hommes, et aux dires de l'épouse, après serment, pour les objets habituels aux femmes. Les objets qui sont indistinctement utilisés par les hommes et les femmes seront, après serment de l'un et de l'autre époux, partagés entre eux, à moins que l'un d'eux ne refuse de prêter serment alors que l'autre le prête ; auquel cas, il est statué en faveur de ce dernier. »

L'article 49 du Code a repris ce principe religieux et dispose que : « les deux époux disposent chacun d'un patrimoine propre ». Ce principe coranique n'a cependant pas été considéré par la doctrine comme relevant de « l'ordre public islamique » et dès lors, le Code a pu innover en la matière.

Sans imposer la communauté pure et simple, il a opté pour une forme de communauté réduite aux acquêts et a donné aux époux le droit de l'adopter par contrat. Ainsi, « les époux peuvent se mettre d'accord sur les conditions de fructification et de répartition des biens qu'ils auront acquis pendant leur mariage³¹. » Il s'agit d'un acte séparé qui peut être rédigé au moment ou après la conclusion du mariage. Il s'agit d'un acte consensuel dans lequel les avantages que se consentent les époux ne doivent pas forcément être réciproques.

A défaut de cet accord, il est fait recours au tribunal. Celui-ci tente d'assurer la protection du plus faible mais toujours dans la limite des preuves apportées par les conjoints.³²

Il est fait recours aux règles générales de preuve. Le travail de chacun des conjoints ainsi que les efforts fournis et les charges assumées pour le développement des biens de la famille³³ sont pris en considération.

Quant aux couples de fait, le Maroc étant resté attaché aux valeurs de l'Islam, il ne connaît pas les autres régimes nés de l'évolution sociale en Europe tels que le PACS, le concubinage...

II. LA FILIATION

Le Code marocain de la famille institue dans son Livre III le régime de la filiation. Fortement imprégnée des règles du droit musulman, la filiation obéit à un système patrilinéaire. L'enfant porte le nom de son père et hérite de lui à condition qu'il soit né dans le cadre du mariage ; le législateur institue à l'article 143 du code de la famille une présomption parentale, à l'égard du père et de la mère.

Les valeurs et concepts n'ont eu qu'une faible influence sur l'interprétation du droit de la filiation par le juge qui, depuis des décennies, rend des décisions quasiment toutes fidèles à la lettre et à l'esprit du texte coranique et des hadiths du prophète.

Le droit marocain ne reconnaît pas la filiation découlant d'un concubinage, ni la filiation envers plus de deux personnes.

A. L'établissement de la filiation

1. La filiation paternelle

La filiation paternelle est définie par le code de la famille comme étant le lien légitime qui unit le père à son enfant et qui se transmet de père en fils. La légitimité trouve son origine dans le

³¹ L'article 49 ajoute « les adouls avisent les deux parties lors de la conclusion du mariage, des dispositions précédentes. A défaut de l'accord susvisé, il est fait recours aux règles générales de preuve, tout en prenant en considération le travail de chacun des conjoints, les efforts qu'il a fournis et les charges qu'il a assumées pour fructifier les biens de la famille ».

³² C.Cass, arrêt 22 du 20/01/2015, doss 580/2/1/2013, arrêt rejetant la cassation de l'arrêt ayant condamné le conjoint à régler à son ex épouse les sommes avancées dans le cadre de l'acquisition du logement conjugal.

³³ C.Cass, arrêt 566 du 03/12/2008, doss 566/2/1/2007, cassant l'arrêt ayant rejeté la demande de l'épouse et ordonnant le renvoi devant le tribunal pour qu'il y soit jugé sur l'évaluation de la contribution de l'épouse à la fructification des biens du foyer.

mariage. Elle s'établit par la présomption et ne peut être désavouée que par décision judiciaire.³⁴

L'enfant est également réputé légitime à l'égard du père : "s'il est né dans les six mois suivant la date de la conclusion de l'acte de mariage "et s'il naît dans l'année qui suit la date de séparation des époux . Le contentement de la mère n'est pas requis dans ce cas.

Par exception au principe général, la filiation paternelle légitime peut aussi découler de l'aveu du père qui reconnaît la filiation de l'enfant à condition que la mère ne soit pas mariée³⁵. Il s'agit d'une prérogative accordée exclusivement au père.

Cet aveu doit, selon l'article 162 du code de la famille, être établi soit par acte authentique, soit par déclaration manuscrite et non équivoque de son auteur. L'enfant reconnu doit donner son accord s'il est majeur au moment de la reconnaissance de la paternité et la mère désignée par le père dans la procédure de reconnaissance, peut valablement s'y opposer en désavouant en être la mère ou en produisant tous les éléments de preuve démontrant le défaut de véracité de la reconnaissance de paternité.

Enfin, la filiation paternelle peut découler des rapports sexuels par erreur³⁶ lors de fiançailles ou de mariage vicié³⁷.

La filiation paternelle est ainsi établie par les rapports conjugaux, l'aveu du père, le témoignage de deux adouls, la preuve déduite du oui-dire et par tout moyen légalement prévu, y compris l'expertise judiciaire.

La question qui se pose est de savoir si ces moyens de preuve peuvent être utilisés pour établir la filiation paternelle d'un enfant issu d'un rapport dont l'illégitimité était mutuellement reconnue par les deux parties ou si seuls peuvent en bénéficier les enfants nés pendant le mariage ?

La Cour Suprême, dans son arrêt du 31 janvier 2007 a considéré que les moyens de preuve de la filiation ne concernent que les enfants nés à la suite d'un rapport légitime, le viol n'étant pas considéré comme cause légale de filiation.

Ceci étant, un jugement rendu par le tribunal de la famille de Tanger le 30 janvier 2017, a reconnu la filiation parentale d'un enfant né hors mariage et a condamné le père biologique à verser à la mère une indemnisation. Il s'agit là d'une première au Maroc, qui a battu en brèche une jurisprudence constante fortement imprégnée du droit musulman. Certes, ce jugement n'établit pas la filiation paternelle et peut être infirmé en appel, mais il témoigne de l'influence des nouvelles valeurs dans l'interprétation par le juge du droit de la filiation.

Quant à la filiation illégitime, elle ne produit aucun des effets de la filiation légitime vis-à-vis du père. L'enfant n'a aucun droit sur son père et aucune obligation envers lui. Il n'a aucun

³⁴ Article 151 du code de la famille.

³⁵ L'adultère est sévèrement puni en droit marocain : l'article 491 du code pénal dispose qu'« est punie de l'emprisonnement d'un à deux ans toute personne mariée convaincue d'adultère »

³⁶ Si les fiançailles ont eu lieu et qu'il y ait eu consentement mutuel, mais que des circonstances impérieuses ont empêché de dresser l'acte de mariage et que des signes de grossesse apparaissent chez la fiancée, cette grossesse est imputée au fiancé pour rapports sexuels par erreur, si les conditions suivantes sont réunies :

a) les fiançailles ont été connues des deux familles et approuvées, le cas échéant, par le tuteur matrimonial de la fiancée ;

b) il s'avère que la fiancée est tombée enceinte durant les fiançailles ;

c) les deux fiancés ont reconnu que la grossesse est de leur fait.

Ces conditions sont établies par décision judiciaire non susceptible de recours. Si le fiancé nie que la grossesse est de son fait, il peut être fait recours à tous moyens légaux de preuve pour établir la filiation paternelle.

³⁷ Lorsque la filiation paternelle est établie, même à la suite d'un mariage vicié, de rapports sexuels par erreur, ou d'une reconnaissance de paternité (*Istilhak*), elle produit tous ses effets. Elle interdit les mariages prohibés pour cause d'alliance ou d'allaitement et donne droit à la pension alimentaire due aux proches ainsi qu'à l'héritage.

droit successoral. La volonté du législateur est ici la paix des familles et la préservation de la moralité.

2- La filiation maternelle

La filiation maternelle découle du lien biologique avec la mère et de l'accouchement. Elle est légitime dans les cas où elle résulte d'un mariage, d'un rapport sexuel par erreur ou d'un viol. Elle peut être prouvée par l'accouchement, l'aveu ou après décision de justice. La notion de légitimité ou d'illégitimité de la filiation de l'enfant vis-à-vis de la mère importe peu quant aux effets qu'elle produit. L'enfant portera le nom de sa mère et héritera d'elle.

La naissance de l'enfant est déclarée auprès de l'officier d'état civil du lieu où elle est intervenue par les proches parents du nouveau-né³⁸. La division de l'Etat civil est sous la tutelle du Ministère de l'Intérieur. Toute personne à laquelle incombe l'obligation de déclarer une naissance et qui n'y procède pas dans le délai légal de 30 jours est punie d'une amende de 300 à 1.200 dirhams. Le centre médical où est né l'enfant n'a pas l'obligation de déclarer l'enfant aux autorités. Toutefois, si l'enfant est abandonné par la mère après la naissance, déclaration en est faite à la police judiciaire. Le procureur du Roi agissant de sa propre initiative ou à la demande de l'autorité locale ou de toute partie intéressée procède à la déclaration de la naissance.

B. La contestation de la filiation

Les rapports conjugaux constituent une preuve irréfutable établissant la filiation paternelle. Ils ne peuvent être contestés que par le mari suivant la procédure du serment d'anathème par lequel l'époux accuse l'épouse d'adultère ou par le moyen d'une expertise formelle et ce, à la double condition que l'époux apporte des preuves probantes à l'appui de ses allégations et que l'expertise soit ordonnée par le juge. Seul un jugement peut décider que la grossesse de l'épouse n'est pas l'œuvre du mari.

L'enfant reconnu pendant sa minorité a le droit, lorsqu'il atteint la majorité, de contester cette filiation et demander qu'elle soit désavouée par action en justice.

C. La procréation médicalement assistée

Le projet de loi 14-47 limite le recours à la procréation médicalement assistée au couple marié souffrant de stérilité, en vie et moyennant ses propres cellules. Il exige le libre consentement des deux conjoints exprimé par écrit et interdit toute technique de procréation médicalement assistée outre celle réglementée et reconnue légalement dans le royaume.

Cette méthode palliative au problème de stérilité ne saurait être conçue dans un cadre autre que celui du mariage. Là encore, la doctrine marocaine, malgré l'évolution des mœurs au Maroc, ne peut avoir d'influence sur l'interprétation des textes en la matière.

L'insémination artificielle serait licite dans le seul cas où le donneur de sperme est le conjoint légalement uni par le mariage. S'agissant de la fécondation in vitro, elle serait licite seulement lorsque l'œuf fécondé provient de l'union de l'ovule d'une femme et du sperme de son époux.³⁹

³⁸ Dahir n° 1-02-239 portant promulgation de la loi n° 37-99 relative à l'état civil publié au bulletin officiel du 7 novembre 2002, article 16.

³⁹ GARAMIJE, Procréation médicalement assistée: éthique, 12 Juin 2013, <http://medecinelegalechuoran.over-blog.com/procr%C3%A9ation-m%C3%A9dicale-assist%C3%A9e-%C3%A9thique>

Le droit marocain proscrit le recours aux mères de substitution et considère le corps humain comme étant hors de commerce, prônant le respect et de la sauvegarde de la pérennité généalogique et de la filiation.

III. L'adoption

L'adoption, entendue comme institution de substitution d'une famille à une autre, entraînant soit une quasi rupture (adoption simple) soit une rupture totale (adoption plénière) des liens avec la famille d'origine, n'est pas reconnue en droit de la famille marocain. Les concepts et valeurs tirés de l'islam ont une très forte influence sur l'interprétation du droit de l'adoption par le juge et par la doctrine au Maroc. Le Coran a condamné l'adoption à travers la sourate 33 Al ahzab (Les Coalisés) verset 4, lui retirant tous les effets juridiques. Le droit positif marocain, à travers l'article 149 du code de la famille, s'inscrit dans la continuité de l'interdiction divine de l'adoption et dispose en ces termes : « l'adoption est juridiquement nulle et n'entraîne aucun des effets de la filiation légitime.» Le juge ne manque pas d'interpréter strictement cette interdiction et de la rappeler dans ses décisions : « l'adoption ne donne pas droit à la filiation, ni à la succession. Elle est juridiquement nulle. »⁴⁰

L'origine sacrée de l'interdiction de l'adoption, fermement reprise par le législateur ne laisse aucune place à une interprétation jurisprudentielle ou doctrinale qui dépasserait la lettre du texte.

A. Les différentes formes « d'adoption »

A défaut d'adoption au sens occidental du terme, le droit marocain prévoit deux modes d'intégration d'un enfant dans une famille d'accueil, à savoir :

- l'adoption dite de gratification (jazâ) ou testamentaire connue sous le terme de tanzil (représentation) ; mesure qui permet de transférer une fraction de son patrimoine au bénéficiaire en le plaçant au rang d'un héritier, sans pour autant créer un lien de filiation ;
- la kafala (prise en charge d'un enfant) qui constitue le second palliatif à la prohibition coranique et légale de l'adoption.

B. La kafala des enfants abandonnés

La kafala, réglementée par la loi 15-01 est définie comme l'engagement de prendre en charge la protection, l'éducation et l'entretien d'un enfant abandonné⁴¹ au même titre que le ferait un père pour son enfant sans pour autant donner droit à la filiation et à la succession.

C'est au procureur du Roi qu'il incombe de veiller à la prise en charge des enfants abandonnés. Il lui appartient de procéder à une enquête et de saisir le tribunal de la famille du

⁴⁰ Cour de Cassation, arrêt n°216 du 2 janvier 2013, Artémis 2017

⁴¹ La loi n°15-01 considère l'enfant abandonné comme celui qui, tout en n'ayant pas atteint l'âge de 18 années grégoriennes, se trouve dans l'une des situations d'abandon suivantes :

- être né de parents inconnus ou d'un père inconnu et d'une mère connue qui l'a abandonné de son plein gré ;
- être orphelin ou avoir des parents incapables de subvenir à ses besoins ou ne disposant pas de moyens légaux de subsistance ;
- avoir des parents de mauvaise conduite n'assumant pas leur responsabilité de protection et d'orientation en vue de le conduire dans la bonne voie.

lieu de résidence de l'enfant d'une demande de déclaration d'abandon. Dès que le jugement définitif de déclaration d'abandon est prononcé par le tribunal, et lorsque les conditions requises par la loi se rapportant tant au kafil qu'au makfoul sont réunies, le juge des tutelles rend une ordonnance confiant la kafala à la partie qui en a formulé la demande.

1. Le statut du parent kafil

Toute personne, pourvu qu'elle soit majeure⁴² et aspirant à devenir kafil, doit remplir certaines conditions préalablement déterminées par la loi. La capacité financière de la famille d'accueil, l'absence de maladie contagieuse, l'absence de condamnation et de différend avec l'enfant pris en charge, sont autant de conditions instituées pour garantir la protection de l'enfant.

Le profil du futur kafil a subi l'évolution des mœurs au Maroc, car en plus de la possibilité de confier un enfant à un couple marié musulman⁴³, la possibilité est offerte désormais à la femme musulmane célibataire de prendre en charge un enfant. Néanmoins, cette conception d'une famille monoparentale n'a pas été étendue au père musulman célibataire qui ne s'est pas vu donner le droit de prendre en charge un enfant. C'est reconnaître que le législateur n'a fait que reproduire par là une conception culturelle de la famille marocaine, selon laquelle, seule la mère est en mesure de protéger et d'éduquer un enfant.

S'agissant de la condition d'appartenance à l'islam, bien qu'elle constitue un frein à la prise en charge d'enfants abandonnés, il n'en saurait être autrement dans un pays d'obédience musulmane dans laquelle un enfant musulman doit nécessairement grandir dans une famille pratiquant l'islam. Le kafil peut être de nationalité étrangère mais s'il n'est pas musulman, il doit se convertir à l'islam.

Le statut hybride du kafil s'inscrit dans la logique de l'institution de la kafala dont le rôle principal est de venir au secours d'enfants se trouvant dans une situation précaire tout en respectant leurs origines.

Le kafil est ainsi le tuteur datif de l'enfant et doit se soumettre à une procédure contraignante de demande d'autorisation auprès du juge pour les actes de nature patrimoniale qu'il souhaite entreprendre au profit de l'enfant ainsi qu'au contrôle du juge des tutelles, gardien supérieur de l'enfant abandonné.

La transgression par le kafil des obligations qui lui incombent peut entraîner soit, la conséquence naturelle de l'annulation de la kafala, soit la mise en œuvre de sa responsabilité civile et/ou pénale.

2. Le statut de l'enfant makfoul

La protection de l'enfant objet de la kafala passe par son consentement lorsque celui-ci atteint l'âge de 12 ans. Seuls les enfants mineurs peuvent être pris en charge. Le droit marocain de la kafala exclut de la sorte les majeurs ayant atteints l'âge de 18 ans, et fait cesser la kafala lorsque l'enfant pris en charge atteint ses 18 ans lorsque c'est un garçon, et au jour du mariage lorsque l'enfant est une fille⁴⁴. Il n'est pas exclu que le kafil de nationalité marocaine prenne en charge un enfant né en dehors du Maroc et de parents inconnus. Il peut, après l'écoulement

⁴² La loi 15-01 ne prévoit aucune limite d'âge pour le kafil en dessous de laquelle le recours à la kafala n'est pas autorisé si ce n'est l'âge de la majorité légale, c'est-à-dire 18 ans. S'agissant de la limite d'âge maximale pour prendre en charge un enfant, là encore la loi 15-01 reste muette.

⁴³ Si le mariage pour le couple est une condition d'éligibilité à la kafala, la durée de mariage n'en est pas une. Selon une étude menée par le haut-commissariat au plan en 2016, les ¾ des couples kafils sont âgés entre 40 et 60 ans. <http://www.hcp.ma/>

⁴⁴ La loi 15-01 applique dans cette situation le principe énoncé par le code de statut personnel selon lequel, l'entretien de la fille pèse sur le père jusqu'au mariage de sa fille.

d'une période de cinq ans d'exercice de la kafala, demander la nationalité marocaine au profit de l'enfant.⁴⁵ S'agissant du nom patronymique de l'enfant, et par application du Coran qui prône le respect de la filiation d'origine, l'enfant makfoul ne saurait porter le nom du parent kafil.

Par rapport à la question de l'héritage, l'enfant ne peut hériter que de ses parents d'origine et non du kafil. Le législateur fait néanmoins bénéficier l'enfant d'un don, legs, tanzil ou aumône. Au Maroc, c'est le tanzil qui est le plus pratiqué⁴⁶, il permet au défunt de léguer une partie de ses biens à concurrence du tiers successoral.

3. Les parents d'origine

Une épée de Damoclès pèse sur les épaules du parent kafil constamment menacé par un éventuel retour du parent d'origine revendiquant ses droits vis-à-vis de son enfant. En effet, et à partir du moment où la kafala ne rompt pas les liens avec la famille d'origine, cette dernière peut, lorsque les motifs de l'abandon ont cessé⁴⁷, revendiquer par voie judiciaire ses droits sur l'enfant. Les parents d'origine vont alors introduire une action devant le tribunal en vue de recouvrer leur tutelle. Néanmoins, l'issue de cette action demeure incertaine pour le parent d'origine car le juge tranchera en fonction de l'intérêt de l'enfant qui, ayant atteint l'âge de discernement, refuse de revenir à ses parents.

Enfin, la kafala peut être consensuelle. Les enfants confiés peuvent être confiés par les parents d'origine à une famille d'accueil. Elle est basée sur le consentement clair et non équivoque des parties à travers la rédaction d'un acte adoulaire. Elle n'a pas fait l'objet de réglementation mais est de pratique courante au Maroc.⁴⁸

En conclusion, on peut affirmer que les concepts, intérêts et valeurs intervenant dans l'interprétation du droit de la famille marocain ont toujours comme point commun le respect de la Charia. L'effort jurisprudentiel ou *ijtihad* a permis la déduction de prescriptions légales allant dans le sens du respect des droits de l'homme tels qu'ils sont universellement connus, dans la limite du respect de la morale islamique. La femme marocaine a vu son statut renforcé au sein de la famille tant par la doctrine que la jurisprudence et les principes des conventions internationales ratifiées par le Maroc ont été appliquées dans un esprit de protection de l'intérêt des enfants.

Le Maroc reste toutefois hermétique au phénomène d'internationalisation dans le domaine du droit de la famille, les solutions adoptées par telle ou telle cour internationale n'ayant aucun impact sur les décisions judiciaires du Royaume dans ce domaine.

Le Maroc d'aujourd'hui reste ouvert au progrès, « que Nous poursuivons avec sagesse, de manière progressive, mais résolue »⁴⁹. L'évolution du droit de la famille marque la volonté du Souverain et des populations de trouver un consensus pouvant garantir la stabilité de la famille et préserver la dignité de chacun de ses membres, de manière à converger vers le

⁴⁵ Dahir 1-58-250 du 06/09/1958 portant code de la nationalité marocaine tel que modifié par la loi 62-06, art. 9

⁴⁶ André COLOMERT, Droit musulman marocain, Héritage et testament, p.50

⁴⁷ Nous pouvons citer à titre d'exemple la mère condamnée à une peine d'emprisonnement puis relâchée. Celle-ci a le droit de d'intenter une action en justice en vue de récupérer son enfant.

⁴⁸ Jamila BARGACH, Orphans of Islam, Family, Abandonment, and secret adoption in Morocco, Rowman&littlefield, 2002, p.27

⁴⁹ Propos de Sa Majesté le Roi Mohammed VI au préambule de la loi 70-03 portant code de la famille.

précepte de l'Etat de droit et des aspirations de l'Initiative pour le Développement Humain⁵⁰ ; mais aussi avec les préceptes immuables du droit musulman.⁵¹

⁵⁰ INDH : lancée par Sa Majesté le Roi Mohammed VI, le 18 mai 2005. Vise la lutte contre la pauvreté, la précarité et l'exclusion sociale à travers la réalisation de projets d'appui aux infrastructures de base, projets de formation et de renforcement de capacités, d'animation sociale, culturelle et sportive ainsi que la promotion d'activités génératrices de revenus et d'emplois.

⁵¹ Rajaa Naji El Mekkaoui, La Moudawanah, Le référentiel et le conventionnel en harmonie, T1, p25.