

LE DROIT PATRIMONIAL DE LA FAMILLE DANS LA LEGISLATION ALGERIENNE

Nahas M. MAHIEDDIN

Faculté de Droit Laboratoire des Droits de l'enfant
LADREN Université d'Oran 2

Le Droit de la famille est actuellement régi essentiellement par le Code de la famille promulgué par la loi du 9 juin 1984¹ et amendé par l'Ordonnance du 27 février 2005². Bien que fondé doctrinalement sur le Droit musulman³, ce texte contient de nombreuses dispositions qui s'en écartent plus ou moins expressément ou qui s'inspirent de règles qui ont leur origine dans la législation adoptée par les autorités françaises durant la période coloniale ainsi que des principes posés par la jurisprudence des tribunaux d'avant 1962 et celle élaborée par les institutions judiciaires nationales depuis cette date jusqu'à l'entrée en vigueur du Code de la famille. C'est dire que le Droit propre aux institutions familiales s'inscrit

¹ Loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille, in *Journal officiel* n° 24 du 12 juin 1984, p. 612.

² Ordonnance n° 05-02 du 27 février 2005 modifiant et complétant la loi n° 84-11 du 9 juin 1984 portant Code de la famille, in *Journal officiel* n° 15 du 27 février 2005, p. 17.

³ Le vocable *Droit musulman* est utilisé ici par facilité de langage et pour rester dans la tradition des juristes francophones qui ont opté pour ces termes pour traduire le mot arabe *fiqh* (ou parfois même *shari'a*) qui sont des concepts au contenu beaucoup plus large que celui admis pour exprimer l'idée contemporaine (et laïc) de *Droit*.

dans un processus évolutif qui apparaît nettement lorsque l'on compare son contenu à différents moments de son histoire.

C'est ainsi que par rapport au Droit musulman classique, la fidélité des dispositions du Droit de la famille actuellement en vigueur est variable selon les questions envisagées. En effet, l'examen attentif du contenu de certaines règles montre que l'influence de la pensée et des techniques juridiques contemporaines sur le travail du législateur chargé de traduire sous forme de règles de Droit les faits sociaux est patente. C'est dire aussi que cette démarche se situe dans un processus amorcé à partir d'une appréhension doctrinale et technique propre à un contexte conceptuel inconnu du *fiqh* ancien en matière de Droit des personnes en général et du Droit de la famille en particulier. Ce sont ces caractéristiques qui apparaissent notamment au niveau des règles propres à la formation et à la dissolution du lien matrimonial ainsi qu'en matière de Droit patrimonial dont les dispositions ne sont pas intégrées au Code civil mais qui ne sont pas toutes inscrites dans le Code de la famille.

Pour bien comprendre l'évolution subie par les règles relatives à la formation du lien matrimonial et ses effets sur le patrimoine des époux, les principales dispositions du droit positif seront néanmoins, mais logiquement, examinées en les situant par rapport au *fiqh* classique⁴.

⁴ Dans le cadre de cet exposé nous limitons l'examen du Droit musulman classique à la doctrine enseignée par les juristes de l'École malékite (fondée par Mâlik ibn Anas, mort en 796 à Médine) dominante en Afrique du Nord depuis le XI^{ème} siècle (Sur l'école Malékite voir G. S. P. Freeman-Grenville, s. v. *Mâlikiyya*, in *Encyclopédie de l'Islam*, E. J. Brill –Leiden- et G. P. Maisonneuve

Rappelons que les dispositions du Droit musulman relatives au Droit des personnes et de la famille sont contenues ou extraites d'une œuvre doctrinale et non pas posées par une instance législative dans un cadre institutionnel d'Etat. Leur consécration comme règles de droit positif est donc la conséquence du choix opéré par l'autorité publique (le souverain) de la doctrine juridique (*madhab*) appelée à être appliquée par les juges (*qâdi*) nommés par cette même autorité pour connaître des litiges qui leur sont soumis. Aujourd'hui encore, le législateur n'omet jamais de rappeler que les règles qu'il pose en matière de Droit de la famille sont reprises essentiellement du Droit musulman même si nombre d'entre celles énoncées dans les textes officiels ont une autre origine. C'est cette logique adoptée pour élaborer cette branche du Droit des personnes qui fait que la loi énonce qu'en l'absence de dispositions formellement exprimées par elle, le juge doit rechercher la règle applicable dans cette littérature juridique classique⁵.

& Larose –Paris- 1987, Tome VI, p. 263 et suiv.) et qui est encore celle privilégiée par le législateur contemporain et sur laquelle s'appuie la Cour suprême pour ses interprétations de la loi en matière de Droit de la famille. Il est utile de noter également que l'école ibadite (la plus ancienne école théologico-juridique) a des adeptes dans toute l'Algérie mais beaucoup plus essentiellement dans la région du Mزاب. Le Droit ibadite est contenu dans le *Kitâb al-Nîl* du juriconsulte algérien Abd al-Aziz ben Ibrâhîm al-Tamînî (mort en 1808). Son principal disciple est Mohammed Atfayyash (1820-1914), auteur de plus de trente ouvrages de Droit musulman ibadite (en sus de plusieurs centaines d'autres dans de nombreuses autres disciplines dont un commentaire du Coran intitulé *Taysîr al-tafsîr* publié en 1908) parmi lesquels un commentaire du *Kitâb al-Nîl* sous le titre de *Sharh al-Nîl* (publié au Caire en 10 volumes à partir de 1905). Sur cet auteur, voir J. Schacht, s. v. *Atfiash*, in *Encyclopédie de l'Islam* (Nouvelle édition), E. J. Brill (Leyde) et G. P. Maisonneuve & Larose (Paris), 1975, Tome I, p. 758.

⁵ Alinéa 2 de l'article 1^{er} du Code civil et article 222 du Code de la famille.

La connaissance du Droit de la famille passe donc par l'étude des textes de Droit positif complétée par celle des ouvrages de Droit musulman en tenant compte de l'école doctrinale dominante à laquelle se déclarent appartenir les justiciables. En Algérie, c'est la doctrine malékite telle que diffusée par ses principaux jurisconsultes qui sert essentiellement de référence tant pour l'action du législateur que pour celle des tribunaux lors de l'interprétation de la loi⁶. Les principaux ouvrages traditionnellement utilisés à cette fin sont ceux de Khalîl ibn Ishâq, auteur d'un *Mukhtasar*⁷ et Ibn Abî Zayd al-Qayrawânî qui a laissé un opuscule ayant pour titre *al-Risâla al-fiqhiyya*⁸ ou encore celui de Ibn 'Asem intitulé

⁶ Les magistrats de la Cour suprême sont encore plus fidèles à la doctrine malékite que ne l'est le législateur.

⁷ Khalîl ibn Ishâq (mort en 1356) n'est pas le seul auteur malékite mais c'est son ouvrage (*al-Mukhtasar*) qui est le plus utilisé en Algérie et qui a fait l'objet de plusieurs traductions en français (la première est celle du Dr. Perron publiée à Paris en 6 volumes entre 1848 et 1854 ; la seconde –partielle- a été réalisée par N. Seignette et publiée à Constantine en 1878 ; la troisième traduction (partielle) est réalisée par E. Cherbonneau, *Du statut personnel et des successions*, Maisonneuve, Paris, 2 vol. 1873 – 1874 ; la quatrième traduction –limitée aux chapitres relatifs au mariage et à la répudiation- est celle d'E. Fagnan publiée à Alger en 1909 et enfin la dernière est celle de G. H. Bousquet -4 volumes- éditée conjointement à Alger et à Paris entre 1958 et 1961). Il nous faut citer, à titre d'information, la traduction (partielle) commentée du professeur Mohammed Soualah publiée dans la *Revue Africaine* (Alger), 54^{ème} année, 1906, p. 393.

⁸ Abû Muhammad Abd Allah ben Abî Zayd al-Qayrawânî, *al-Risâla*, Editions populaires de l'armée, 5^{ème} éd., Alger, 1968. Cette édition bilingue contient la traduction en français faite par Léon Bercher de *La Risâla* ou *Epître sur les éléments du dogme et de la loi de l'Islam selon le rite mâlikite* éditée à Alger par A. Carbonel (4^{ème} éd.) en 1952. Rappelons que cet ouvrage avait auparavant été traduit en français par E. Fagnan sous le titre de *Traité abrégé de Droit malékite et morale musulmane* et édité par Paul Geuthner à Paris en 1914.

*Tuhfat al-hukkâm*⁹ pour ne citer que les auteurs et les traités les plus emblématiques du droit musulman malékite¹⁰. Ces ouvrages se présentent sous forme de *compendium* et ne peuvent être compris qu'en recourant aux commentaires qui en ont été faits¹¹. C'est à partir de ce fond doctrinal que sont ainsi confectionnés les ensembles normatifs régissant les questions relatives au Droit de la famille et nombre de formules consignées dans les ouvrages des juristes plus haut nommés sont souvent citées *ad litteram* dans les décisions rendues par la Cour suprême¹².

C'est donc en rappelant les dispositions de la loi positive et en recourant à cet ensemble de textes de doctrine que seront exposées et brièvement commentées les règles

⁹ Traduit en français par O. Houdas et F. Martel sous le titre *Traité de Droit musulman. La Tohfat d'Ebn Acem*, Gavault Saint-Lager, Alger, 1882.

¹⁰ Il est entendu que ces ouvrages ne sont pas les seuls traités fondamentaux du Droit musulman malékite tel que *al-Mudawwana al-Kubrâ* de Mâlik ben Anas selon la version de Sahnûn, Dâr Sâder, Matba'at al-Sa'âda, Le Caire, (s. d. d'édition) pour ne citer que le plus emblématique parmi ce type d'ouvrages.

¹¹ Parmi ces commentaires et en nous limitant au Droit musulman malékite, on peut citer sans être nullement exhaustif al-Hattâb, *Mawâhib al-djalîl li-sharh Mukhtasar Khalîl*, Dâr al-Fikr, 3^{ème} éd., 1992 ; al-Khurshî, *alâ Sharh Mukhtasar Sîdî Khalîl*, Dâr Sâdar, Beyrouth, (s. d. d'édition) ; al-Tâsûlî, *al-Bahdja fî sharh al-Tuhfa*, Dâr al-kutub al-ilmîyya, Beyrouth, 1^{ère} éd., 1998 .

¹² Ainsi des extraits de la *Risâla* d'Ibn Abi Zayd al-Qayrawâni (mort en 977) sont cités à propos des éléments constitutifs du mariage in *Cour suprême*, 24 septembre 1984, *al-Madjalla al-qadâ'îyya*, Alger, 1990, n° 1p. 64 ou encore la *Tuhfa* d'Ibn Âsim (mort en 1426) en matière de témoignage relatif au mariage in *Cour suprême*, 29 février 1988, *al-Madjalla al-qadâ'îyya*, 1991, n° 1, p. 49. L'auteur du *Mukhtasar*, Khalîl ibn Ishâq est lui aussi cité, en même temps que les dispositions du Code de la famille, à propos des conditions exigées pour la validité du mariage in *Cour suprême*, 2 janvier 1989, *al-Madjalla al-qadâ'îyya*, 1992, n° 3, p. 53 ; *Cour suprême*, 15 décembre 1986, in *al-Madjalla al-qadâ'îyya*, Alger, 1993, n° 2, p. 37 ; *Cour suprême*, 19 mars 1998, *al-Ijtihâd al-qadâ'î*, Alger, 2001, numéro spécial, p. 216.

relatives au Droit de la famille et plus essentiellement celles concernant les effets patrimoniaux du mariage et de sa dissolution.

O

Auparavant il nous semble utile de rappeler les conditions de formation du lien matrimonial en nous limitant à la seule question du consentement en raison des débats provoqués par la présence d'un *walî*¹³ lors de la conclusion du contrat de mariage, une condition comprise comme impliquant un retour à l'exercice du droit de contrainte au mariage par ce dernier.

Rappelons tout d'abord que selon la version malékite du droit musulman, le mariage n'est valablement conclu que s'il remplit un certain nombre de conditions parmi lesquelles l'intervention du *walî* matrimonial¹⁴. En effet, et selon le *Mukhtasar* de Malek ibn Ishâq, l'intervention du *walî* est la première condition de fond (*ruk'n*) citée parmi toutes celles requises pour la validité de l'union conjugale¹⁵. L'auteur énumère les personnes titulaires du

¹³ C'est volontairement que nous utilisons l'article indéfini devant le terme *walî* que nous ne traduisons pas par *tuteur matrimonial* pour mieux souligner qu'il ne s'agit pas de la personne titulaire du droit de contrainte matrimoniale sur certaines personnes sous tutelle telle que citée par les juristes malékites anciens dans leurs ouvrages de *Fiqh*.

¹⁴ Rappels que les avis sont divergents à propos du caractère obligatoire ou non de l'intervention du *walî* ainsi qu'au sujet de la validité d'un mariage conclu sans sa présence. Pour un résumé des différentes opinions, voir Ibn Rushd (mort en 1198), *Bidâyat al-mujtahid wa nihâyat al-muqtasid*, Dâr al-Ma'rifâ, Beyrouth, 9^{ème} éd., 1988, Tome II, p. 8-9.

¹⁵ Cette primauté du *walî* se retrouve également chez Ibn Abî Zayd al-Qayrawânî qui écrit *il n'y a de mariage qu'avec un walî (lâ nikâh illâ bi-walî)* (*al-Risâla*, Op. cit., p. 172) mais pas chez ibn 'Asim (juriste andalous ayant vécu au XIV^{ème}-

droit d'imposer le mariage à la personne soumise à leur tutelle et cite notamment le père vis-à-vis de sa fille, quel que soit son âge (*ie* vieille fille ou *ʿânis*) à la condition qu'elle n'ait jamais été valablement mariée (*bikr*)¹⁶.

Ce droit de *djebr* peut encore être exercé, mais sous le contrôle du juge, lorsque la jeune fille est orpheline de père et qu'il y a une crainte de dommage sur sa personne moralement ou sur ses biens. Dans cette hypothèse, elle peut en effet être mariée, mais avec son consentement et après avis du magistrat (*wa shûwira al-qâdî*)¹⁷.

Par ailleurs il y a lieu de noter que certaines situations entraînent la cessation du droit de *djebr*. C'est notamment le cas à l'égard de la fille pubère (*bâligh*) émancipée (*bikr rashîda*), qui doit alors donner formellement son consentement (*tuʿribu*) à son mariage. Il en est de même à l'égard de la femme déjà mariée puis divorcée ou devenue

XVème siècle) qui situe le tuteur matrimonial en toute dernière position dans l'énumération des conditions de formation de l'union conjugale, mais le choix de cet ordre est peut être dû à une contrainte de style puisque ce *corpus* est rédigé en vers (*Traité de Droit musulman. La Tohfât d'Ebn Acem*, Texte arabe avec traduction française par O. Houdas et F. Martel, Gavault Saint Lager, Alger, 1882, p. 172)

¹⁶ Le terme *bikr*, qui s'applique tant aux jeunes filles qu'aux jeunes hommes, désigne celle ou celui qui n'a jamais connu le sexe opposé (voir Ibn Mandhûr, *Lisân al-ʿarab*, Dâr Sâdir, Beyrouth, (s. d.), tome IV, p. 78 où d'autres sens reconnus à ce mot sont signalés). Dans la terminologie des jurisconsultes musulmans, le terme *bikr* sert notamment à désigner la jeune fille qui n'a jamais été **légalement** mariée. Est assimilée à la *bikr* celle qui reste soumise à la contrainte matrimoniale exercée par le père parce qu'elle a été déjà mariée mais avant sa nubilité ou encore qui n'est plus physiquement vierge à la suite d'un accident ou d'une vie libertine non prolongée dans le temps (Voir Khalîl, *Mukhtasar*, op. cit., p. 90).

¹⁷ Khalîl ibn Ishâq, *Mukhtasar*, op. cit., p. 90.

veuve (*thayyib*)¹⁸, fût-elle prodigue (*safîha*)¹⁹. C'est également le cas lorsque le mariage (précédent) de la femme (concernée) a été déclaré juridiquement nul (*fâsid*). Enfin la contrainte au mariage ne peut pas s'exercer lorsque la jeune fille a vécu une année au domicile du mari alors même qu'elle nie l'existence de rapports conjugaux²⁰.

Ajoutons que l'auteur du *Mukhtasar* conclut ces développements en précisant que le mariage conclu en dehors de ces conditions reste valable *s'il a été consommé et a duré longtemps*²¹ (*wa-l-asahh^u in dakhala wa tâla*)²².

L'intervention du *walî* contraignant lors de la conclusion du mariage de la jeune fille pose évidemment la question du consentement de cette dernière. A ce sujet, Ibn Abî Zayd al-Qayrawânî déclare sans équivoque dans sa *Risâla* que *le père peut marier sa fille (bikr) sans son consentement, même si elle est pubère*. Ainsi et selon le *fiqh* malékite, l'âge ou la puberté ne sont pas des critères qui mettent fin à la tutelle matrimoniale pour la jeune fille. Celle-ci peut donc être mariée par un *walî* avant sa nubilité même si, dans cette hypothèse, les auteurs précisent qu'il

¹⁸ Khalîl, *Mukhtasar*, op. cit., p. 90. Voir également al-Bukhârî, *Sahîh*, °Âlam al-kutub, Beyrouth, (s. d.), Volume IV, Tome 7, p. 31.

¹⁹ Le père peut contraindre au mariage sa fille démente (*majnûna*) (voir Khalîl, *Mukhtasar*, op. cit., p. 90).

²⁰ Khalîl, *idem*, p. 90.

²¹ Selon les auteurs, cette durée doit correspondre à deux périodes de grossesse.

²² Khalîl, *ibidem*, p. 90. Il y a lieu néanmoins de noter que cette solution n'est pas admise par tous les juriconsultes. °Abd al Malik Ibn Habîb, un autre juriste malékite andalous du IXème siècle, est d'un avis contraire (Khalîl, *Mariage et répudiation*, trad. E. Fagnan, A. Jourdan, Alger, 1909, p. 11, note 4).

faut toutefois attendre l'avènement de cette dernière pour permettre la cohabitation.

Ce droit de contrainte matrimoniale exercé dans ces conditions n'est cependant reconnu qu'au père à l'exclusion de toute autre personne. Il y a une seule exception, c'est lorsque le tuteur a été désigné par le père (*wasî*) et que celui-ci lui a expressément délégué la mission spéciale de marier sa fille à un individu formellement nommé. Dans tous les autres cas, la personne faisant office de tuteur est habilitée à conclure l'union conjugale de sa pupille mais à la double condition d'attendre qu'elle atteigne l'âge de la puberté et après avoir obtenu son consentement²³.

Il faut ajouter que cette prérogative ne donne pas à son titulaire, au moins en théorie, le droit de l'exercer abusivement et il doit être tenu compte de l'intérêt moral et matériel de la jeune fille²⁴. Les auteurs recommandent de la consulter²⁵ et cette dernière peut d'ailleurs manifester son refus auquel cas le mariage n'aura pas lieu²⁶, même si l'on peut lire chez certains auteurs comme Ibn Abî Zayd al-Qayrawânî, que le tuteur, *s'il le veut, peut*

²³ Ibn Abî Zayd al-Qayrawânî, *al-Risâla*, Op. cit., p. 174. Cet auteur ajoute que le jeune garçon (*tifl*) peut être marié par le tuteur testamentaire (*wasî*) mais non pas la fillette (*saghîra*).

²⁴ C'est ainsi que la mère a le droit de donner son point de vue sur le mariage de sa fille lorsque le père utilise son droit de contrainte sans tenir compte de l'intérêt matériel de celle-ci (*wa li-l ummi al-takallumu...*) enseigne Khalil dans son *Mukhtasar*, op. cit., p. 93).

²⁵ Ibn 'Asim écrit dans sa *Tuhfa* qu'il est préférable que la fille soit consultée (*wa yustahabb" idnuhâ*) (p. 188).

²⁶ Cette disposition est formellement énoncée par Khalîl dans son *Mukhtasar*. On peut y lire en effet, *si elle refuse ou manifeste son aversion, on ne la marie pas* (*wa 'in mana^cat aw nafarat lam tuzawwaj*) (p. 90).

la consulter (*wa 'in shâ'a shâwarahâ*)²⁷. Khalîl, dans son *Mukhtasar*, précise que le consentement (*ridâ'*) de la jeune fille (*bikr*) est acquis lorsqu'elle garde le silence (*samt*)²⁸ mais tout en ajoutant qu'elle doit être informée sur la signification de son attitude et qu'elle ne peut se prévaloir par la suite de son ignorance pour contester la validité de son consentement (*wa nudiba i' lâmuhâ bihi wa lâ yuqbalu da'wâ jahlihi*)²⁹.

A *contrario*, la puissance paternelle ne permet pas de s'opposer sans raison et de façon répétée au mariage de la jeune fille. Dans cette hypothèse, le juge saisi met en demeure le père de justifier son attitude sinon de marier sa fille si tel est le souhait de cette dernière. Si le père persiste avec une intention nocive établie, le juge procède au mariage de l'intéressée³⁰.

Tel est le fond doctrinal à partir duquel le législateur a confectionné l'actuel droit positif sur la double question de la tutelle matrimoniale et du consentement au mariage.

Deux articles du Code de la famille sont, à notre sens, essentiels relativement à ces sujets. Ce sont les articles 9 et 9bis qui réaménagent les dispositions jusqu'alors en vigueur contenues dans l'ancien article 9 du Code de 1984. Cette nouvelle formulation met ostensiblement en avant le consentement comme élément premier et essentiel

²⁷ Ibn Abî Zayd al-Qayrawânî, *al-Risâla*, Op. cit., p. 172.

²⁸ Khalîl, *Mukhtasar*, op. cit., p. 90. Cet auteur s'appuie sur une tradition prophétique selon laquelle la pudeur de la jeune fille fait qu'elle garde le silence lorsqu'elle est questionnée sur son mariage (al-Bukhârî, *Sahîh*, op. cit., Volume IV, Tome 7, p. 30).

²⁹ Khalîl, *Mukhtasar*, op. cit., p. 90.

³⁰ Khalîl, *Mukhtasar*, op. cit., p. 91.

dans la formation du lien conjugal en lui consacrant un seul article. Alors que l'ancien texte déclarait que *le mariage est contracté par le consentement des futurs conjoints, en présence du tuteur matrimonial et de deux témoins ainsi que la constitution d'une dot*, le texte actuellement applicable énonce seulement que *le contrat de mariage est conclu par l'échange du consentement des deux époux*. Ce *consentement*, précise par ailleurs l'alinéa 1^{er} de l'article 10 du Code de la famille, *découle de la demande de l'une des deux parties et de l'acceptation de l'autre*. Cette formalité doit se dérouler devant un fonctionnaire légalement habilité ou un notaire³¹. Par ailleurs la nouvelle version de l'alinéa 1^{er} de l'article 33 du Code de la famille déclare que *le mariage est déclaré nul si le consentement est vicié*³² mais sans autre précision sur ce qui vicie le consentement³³ ni sur la procédure à suivre

³¹ Article 18 du Code de la famille (version de 2005). Lorsque le contrat de mariage est conclu devant un notaire, celui-ci doit transmettre à l'officier d'état civil un extrait de l'acte, dans un délai de trois jours, qui procède à sa transcription sur les registres de l'état civil dans un délai de cinq jours (alinéa 2 de l'article 72 de l'Ordonnance n° 70-20 du 19 février 1970 relative à l'état civil, modifiée par la loi n° 14-08 du 9 août 2014).

³² La Cour suprême, et ce avant même les amendements apportés au Code de la famille en 2005, jugeait que le mariage de la jeune fille mineure conclu par son père, mais non encore consommé, devait être annulé pour défaut de consentement, si, arrivée à sa majorité, l'intéressée déclarait ne pas être consentante (*Cour suprême*, 27 février 2001, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2002, n° 2, p. 424).

³³ Au-delà de la violence, cause d'annulation de tout contrat (Article 88 du Code civil), il se pose la question du consentement vicié pour cause d'erreur essentielle (Article 81 du Code civil) et notamment lorsqu'elle porte sur l'identité ou sur l'une des qualités de la personne cocontractante (Article 82 du Code civil). Sur la protection juridique de la qualité du consentement en général, voir Ali Bencheneb, *Le droit algérien des contrats. Données fondamentales*, Editions AJED, Alger, 2011, p. 90 et suiv.

aux fins d'annuler un tel mariage³⁴ et dans quels délais l'action en annulation peut être engagée³⁵. A ces dispositions il y a lieu d'ajouter celle de l'article 11 dans sa nouvelle version qui stipule que *la femme majeure conclut son contrat de mariage (ta^cqidu zawâdja-hâ) en présence de son « wali »,* alors que ce même article disposait dans sa version de 1984 que *la conclusion du mariage pour la femme incombe à son tuteur matrimonial.*

Au-delà de l'articulation opérée par le législateur en répartissant ces dispositions entre trois articles et en exigeant *le consentement des deux époux* dans le premier d'entre eux, il est loisible d'observer que la formulation choisie pour la rédaction des deux autres montre bien la volonté du législateur de confirmer que le mariage est *un contrat consensuel entre un homme et une femme* mettant d'ailleurs ainsi en application la définition qui en est donnée par l'article 4 du Code de la famille dans sa nouvelle version³⁶.

Il découle de ces dispositions que la conclusion du mariage de la femme n'incombe plus au *tuteur matrimonial* qui disparaît d'ailleurs de la terminologie

³⁴ La logique impose que l'action en annulation appartient à chacun des deux époux.

³⁵ Si la consommation du mariage (*binâ'*) peut être retenue comme un acte confirmant le consentement, doit-on retenir également que la vie du couple sous le même toit pendant un an (*khalwa*) comme une présomption de consentement par analogie à la règle du Droit musulman qui considère ce fait comme équivalent à la consommation du mariage même si dans la réalité il n'y a pas eu de *copula carnalis* durant toute cette période. L'action en annulation se prescrirait donc au bout d'un an à compter de la date de conclusion de l'union matrimoniale.

³⁶ L'article 4 du Code de la famille de 1984 se limitait à définir le mariage comme *un contrat passé entre un homme et une femme* sans en donner une quelconque qualification.

juridique du droit algérien de la famille³⁷. Cette évolution dans la formulation de cette règle ne fait qu'affirmer une disposition ancienne puisque le droit de contrainte au mariage est formellement abrogé depuis 1984³⁸ si l'on reste dans les limites chronologiques de la codification nationale du droit de la famille³⁹. Selon la loi actuelle,

³⁷ En effet, le législateur a opté pour la transcription du terme arabe correspondant en caractères latins pour ne pas avoir à le traduire et créer ainsi une équivoque à propos de cette institution.

³⁸ L'article 13 (version de 1984) du Code de la famille : *Il est interdit au wali (tuteur matrimonial) qu'il soit le père ou autre, de contraindre au mariage la personne placée sous sa tutelle de même qu'il ne peut la marier sans son consentement.*

³⁹ Si l'on remonte au droit positif antérieur à 1962, on observe tout d'abord que la jurisprudence, *sans refuser au père de famille le droit de contrainte matrimoniale, ne s'interdit pas d'appliquer les règles de telle école sunnite de préférence aux règles de telle autre...dans l'intérêt supérieur de la justice.* C'est ainsi que les dispositions du droit musulman hanéfite en cette matière sont privilégiées à celles du droit malékite par les tribunaux parce qu'*elles ne font aucune différence entre les enfants des deux sexes et qu'elles leur reconnaissent le droit de ne contracter mariage que de leur plein consentement dès qu'ils ont atteint leur puberté* (Cour d'appel d'Alger, Chambre des appels musulmans, 9 avril 1884, in *Bulletin judiciaire de l'Algérie*, n°177, 1884, p. 131). Les tribunaux acceptaient même que la femme malékite pouvait se marier en optant pour le rite hanéfite et se dispenser ainsi de la tutelle du *wali* (Fatiha Loualich, *La famille à Alger*, Média-Plus, Constantine, 2017, p. 71). On note en outre que cette même jurisprudence rappelle que le droit de *djebr* ne peut être exercé que dans l'intérêt de l'enfant. (Voir arrêts de la Chambre de révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger, 4 février 1908 ; 12 janvier 1915 ; 11 avril 1932...cités par Ghaouti Benmelha, in *Eléments du droit algérien de la famille*, Tome 1^{er}, *Le mariage et sa dissolution*, OPU (Alger)-Publisud (Paris), 1985, p. 48, note 13). Par ailleurs, les dispositions légales et réglementaires adoptées en matière d'état civil notamment (Voir la loi du 2 avril 1930 sur l'état civil des algériens musulmans in *Journal officiel* de la République française n° 81 du 3 avril 1930, p. 3634 ; la loi du 2 mai 1930 concernant la déclaration des fiançailles et l'âge du mariage des Kabyles, in *Journal officiel* de la République française n° 107 du 4 mai 1930, p. 5002 ; le décret du 12 août 1936 fixant l'âge de la majorité chrématique, in *Journal officiel* de la République française n° 195 du 21 août 1936, p. 9035), ont une incidence sur la pratique de la contrainte matrimoniale qui est ainsi indirectement « contrôlée », voire

l'intervention du tuteur (le père, un tuteur désigné par ce dernier et à défaut le juge) n'est demandée que pour le

« neutralisée ». (Voir J. Roussier-Théaux, *La neutralisation du droit de djebr*, in *Revue Africaine*, (réédition O.P.U., Alger), n° 81, 1937, p. 161 ; voir également Georges-Henri Bousquet, *Le droit de djebr et la Cour d'Alger. A propos d'un arrêt récent*, in *Revue algérienne, tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence*, Faculté de Droit d'Alger, 1950, 1^{ère} partie, p. 211). Il faut évidemment ajouter l'ordonnance n° 50-274 du 4 février 1959 relative au mariage contracté dans les départements d'Algérie, des Oasis et de la Saoura par les personnes de statut civil local (*Journal officiel* de la République française du 11 février, 1959, p. 1860) qui énonce que *le mariage se forme par le consentement des deux époux* (Alinéa 1^{er} de l'article 2) et que *sous peine de nullité, le consentement est exprimé...en personne* (Alinéa 2 de l'article 2) et *l'acte de mariage dressé par l'officier d'état civil ou le cadi doit indiquer expressément que l'échange des consentements a eu lieu dans les conditions prévues à l'article 2* (précité) (Alinéa 1^{er} de l'article 4 du Décret n° 59-1082 du 17 septembre 1959 portant Règlement d'administration publique pour l'application de l'ordonnance du 4 février 1959 (précitée) (*Journal officiel* de la République française du 19 septembre 1959, p. 9139). Ces textes ne permettent plus notamment l'intervention du tuteur matrimonial dans la formation du mariage (Pour plus de développements, voir Jules Roussier, *Le mariage et sa dissolution dans le statut civil local algérien*, La maison des Livres, Alger, 1960, notamment p. 38). Ces dernières dispositions, restées en vigueur après 1962 en vertu de la loi n° 62-157 du 31 décembre 1962 portant reconduction jusqu'à nouvel ordre de la législation en vigueur au 31 décembre 1962, in *Journal officiel* de la République algérienne, n° 2 du 11 janvier 1963, p. 18) jusqu'à l'adoption du Code de la famille en 1984, ont été toutefois « corrigées » par la jurisprudence de la Cour suprême qui a affirmé qu'en matière de statut personnel, *les musulmans sont régis par les règles du Chraâ : et qu'il ne saurait y être fait échec par l'application d'une loi qui porte atteinte à ce principe* (le texte visé dans le cas d'espèce est le décret du 17 septembre 1959) (Cour suprême. Chambre de Droit privé, 29 décembre 1965, in *Revue algérienne*, n° 1, 1966, p. 112), tout comme il est fait référence aux règles de la contrainte matrimoniale alors qu'elles sont implicitement abrogées par l'ordonnance du 4 février 1959 précitée (Cour suprême. Chambre de droit privé, 7 décembre 1966, in *Revue algérienne*, n° 1, 1968, p. 139 (dans le cas d'espèce, la Cour annule un mariage conclu en 1960 par l'oncle de la jeune fille alors âgée de moins de quinze ans sans le consentement de cette dernière).

mariage du mineur⁴⁰ (alinéa 2 de l'article 11 du Code de la famille). Dans cette dernière hypothèse, la loi ne reconnaît au tuteur aucun pouvoir de contrainte et le mineur doit exprimer en personne son consentement (Article 13 de ce même Code)⁴¹. Toute cette procédure se fait d'ailleurs sous le contrôle du juge (Alinéa 1^{er} de l'article 11 du Code)⁴².

Ainsi le *walî*, dans le droit actuel du mariage, ne joue plus le rôle central qu'il avait vis-à-vis de certaines personnes qui étaient sous sa tutelle et dans certaines situations dans le cadre des règles du *fiqh* classique⁴³. Le *walî* n'est plus qu'un titre porté symboliquement par une personne dont il est demandé d'être présente à la cérémonie officielle du mariage mais sans aucune fonction ni aucun rôle⁴⁴. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'article 12 du Code de la famille a été abrogé en 2005⁴⁵.

⁴⁰ La majorité civile est fixée à 19 ans (Alinéa 2 de l'article 40 du Code civil) et l'âge de la capacité au mariage est également fixé à 19 ans pour l'homme et la femme (Alinéa 1^{er} de l'article 7 du Code de la famille (version de 2005).

⁴¹ Article 13 (version de 2004) du Code de la famille : *Il est interdit au wali, qu'il soit le père ou autre, de contraindre au mariage de la personne mineure placée sous sa tutelle de même qu'il ne peut la marier sans son consentement.*

⁴² C'est le juge aux actions familiales qui est compétent en cette matière (Article 424 du Code procédure civile et administrative).

⁴³ En maintenant la présence du *walî* lors de la cérémonie du mariage, le législateur reste formellement fidèle au principe posé par la Tradition du Prophète tout en réaménageant l'institution au niveau normatif et qui n'était en fait qu'une construction doctrinale élaborée par les jurisconsultes au contenu différent d'une école à l'autre.

⁴⁴ La jurisprudence, en s'appuyant sur les dispositions du Code de la famille de 1984, rappelait avant même les amendements apportés à ce texte que le mariage se constituait sur la volonté (*ridâ'*) des futurs époux et qu'il n'appartenait pas au *walî* de s'y opposer (fut-il le père de la jeune fille) dès l'instant où elle est majeure (*Cour suprême*, 30 mars 1993, in *al-Madjalla al-qadâ-iyya*, Alger, 1994, n° 3, p. 66). Dans le cas d'espèce, le père de la jeune fille s'appuyait sur l'article 12 du

Le législateur a même été plus loin en décidant que le *wali* peut même ne plus être un des parents de la jeune fille appelée à se marier, mettant ainsi fin à la disposition traditionnelle fixant la liste des personnes habilitées à exercer cette fonction⁴⁶. En effet, si la loi actuelle désigne le père ou un *proche parent* (sans autre précision) comme étant susceptibles d'être appelés comme *wali* de la jeune fille, elle autorise aussi cette dernière à désigner la personne de son choix pour faire office de *walî* à son mariage (Alinéa 1^{er} de l'article 11 du Code de la famille dans sa version de 2005)⁴⁷. Cette dernière disposition semble être prévue pour pallier à l'absence du père ou d'un autre parent sans permettre par ailleurs à quiconque

Code de la famille qui lui permettait de *s'opposer au mariage de sa fille*, mais la Haute Juridiction a interprété cette disposition en se référant au *Mukhtasar* de Khalil qui enseigne que la jeune fille majeure peut être autorisée par le juge à se marier si elle est consentante et que le mariage ne lui est pas préjudiciable, malgré l'opposition de son père. Signalons que cet article 12 a été abrogé par l'article 18 de l'ordonnance du 27 février 2005.

Par ailleurs la Cour suprême a eu l'occasion de juger que le *walî* n'a pas qualité pour introduire une action en divorce avant consommation du mariage au lieu et place de l'épouse (Cour suprême, 11 octobre 2006, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2007, n° 2, p. 449).

⁴⁵ Article 18 de l'ordonnance du 27 février 2005 modifiant et complétant la loi du 9 juin 1984 portant Code de la famille. Cet article 12 déclarait : *Le tuteur matrimonial (walî) ne peut empêcher la personne placée sous sa tutelle de contracter mariage si elle le désire et si celui-ci lui est profitable. En cas d'opposition, le juge peut autoriser le mariage, sous réserve des dispositions de l'article 9 de la présente loi. Toutefois le père peut s'opposer au mariage de sa fille vierge si tel est l'intérêt de la fille.*

⁴⁶ Khalil, *Mukhtasar*, op. cit., p. 90; Ibn Abî Zayd al-Qayrawânî, *al-Risâla*, op. cit., p. 174.

⁴⁷ Cette liberté reconnue à la femme de choisir son *wali* est prévue en Droit musulman par certains jurisconsultes anciens mais dans un cadre conceptuel et une logique totalement différents (Voir Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 9 ; Ibn Abî Zayd al-Qayrawânî, *al-Risâla*, op. cit., p. 174).

d'intervenir à ce titre sans l'accord de la jeune fille. En outre, cette loi ne donne plus au juge la compétence d'exercer la fonction de tuteur matrimonial que lui conférait ce même article 11 dans sa version de 1984.

Ainsi en droit positif actuel, le *wali* n'intervient pas en qualité de tuteur matrimonial et sa participation ne constitue plus une condition de formation du mariage mais est considérée seulement comme une condition de validité, une opinion qui n'est d'ailleurs pas inconnue des jurisconsultes musulmans anciens puisque certains d'entre eux et au sein même de l'école malékite présentaient le rôle du *wali* comme un *shart sihha* (condition de validité) et non pas comme un *rukhn* (élément constitutif du contrat de mariage)⁴⁸.

Enfin la cohérence de cet ensemble est assurée par l'exigence faite à chacun des futurs époux d'exprimer **en personne** son consentement au mariage. Cette exigence de la présence personnelle de chacun des futurs époux est renforcée par l'abrogation de l'article 20 du Code de la famille qui permettait à chacun des deux futurs conjoints de se faire représenter par un mandataire investi d'une procuration pour exprimer leur volonté de conclure une union matrimoniale⁴⁹.

⁴⁸ Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 9 ; Ali ben Khalaf al-Manûfi, *Kifâyat al-tâlib al-rabbânî 'alâ Risâlat ibn Abî Zayd al-Qayrawânî*, Mtbâ'at al-Madanî, Le Caire, 1^{ère} éd., 1987, Tome III, p. 77 ; Abd al-Wahhâb al-Baghdâdî (XI^{ème} siècle), *al-Ma'ûna 'alâ madhab 'âlam al-Madîna*, Maktabat Nizâr Mustafâ al-Bâz, (sans lieu et sans date d'édition), Tome II, p. 727 ; al-Hattâb (mort en 1547), *Mawâhib al-Djalîl li-sharh Mukhtasar Khalîl*, Dâr al-kutub al-'ilmiyya, Beyrouth, (sans date d'édition), Tome V, p. 43.

⁴⁹ Article 18 de l'Ordonnance du 27 février 2005 modifiant et complétant la loi du 9 juin 1984 portant Code de la famille.

Ces précisions apportées, il convient de traiter dans ce qui suit des aspects patrimoniaux du mariage et du sort des biens familiaux à la suite de sa dissolution.

Régime matrimonial des époux⁵⁰.

Bien qu'ayant une logique et une cohérence d'ensemble, le Droit musulman n'est pas pour autant appréhendé par les jurisconsultes de la période dite classique, dans un cadre théorique articulé par des ensembles normatifs équivalents à des statuts ou encore à des régimes juridiques. C'est cette méthode, d'ailleurs propre aux Droits casuistiques, qui explique qu'en matière patrimoniale entre les époux *il n'y a pas de communauté de biens, ...mais un régime...qui se rapproche de celui de la séparation des biens, avec cette différence que la femme, tout en conservant l'administration de la totalité de ses biens et la jouissance de ses revenus, n'est pas tenue de contribuer aux charges du mariage⁵¹*. Ainsi le Droit musulman n'a pas institué de *régime matrimonial⁵²* susceptible de régir les relations pécuniaires entre les

⁵⁰ Hadjira Dennouni, *Le régime des biens des époux en Droit algérien*, in *Revue Tunisienne de Droit*, 1986 ; du même auteur, *al-Nidhâm al-mâli li- al-zawdjayn ff al-tashrî' al-djâzâ'irî* (Le régime des biens entre les époux en droit algérien), in *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, Faculté de Droit d'Alger, 1993.

⁵¹ Edouard Sautayra et Eugène Cherbonneau, *Droit musulman. Du statut personnel et des successions*. Tome II. *Des successions*. Maisonneuve et Cie, Paris, 1874, p. 43 ; Joseph Schacht, *Introduction au Droit musulman*, (Traduction en français par A. Turki et P. Kempf), Maisonneuve & Larose, Paris, 1983, p. 141)

⁵² Sur le concept de régime matrimonial, nous renvoyons à la définition proposée par Gérard Cornu, *Les régimes matrimoniaux*, Thémis, Presses Universitaires de France, Paris, 5^{ème} éd., 1989, p. 24.

époux⁵³ semblables à ceux que l'on rencontre dans d'autres systèmes juridiques⁵⁴. Ce régime de la séparation des biens peut donc être considéré dès lors comme le régime légal.

L'examen des règles recensées dans la doctrine juridique musulmane classique et relatives aux questions patrimoniales entre les époux montre qu'elles sont élaborées à partir d'une conception primaire des rapports pécuniaires entre les conjoints dans le cadre d'une économie assez peu complexe où les biens et les activités sont en général divisés et « affiliés » en fonction du *gender*⁵⁵ du possédant. C'est donc, en tenant compte de ce fond doctrinal élaboré par les jurisconsultes musulmans qu'il convient d'exposer le droit positif actuel.

⁵³ La jurisprudence des tribunaux de la période coloniale s'est toujours appuyée sur cette règle classique du Droit musulman depuis la première moitié du XIX^{ème} siècle (Voir Cour d'Alger, 2^{ème} ch. Correctionnelle, 8 décembre 1854, in *Bulletin judiciaire de l'Algérie. Jurisprudence algérienne de 1830 à 1876*, publiée par Robert Estoublon, Tome second, 1849-1858, Adolphe Jourdan, Alger, 1890, p. 63).

⁵⁴. Notons qu'il en est de même pour les Droits appartenant à la *Common Law* (Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les régimes matrimoniaux*, Defrénois, Paris, 2^{ème} éd., 2007, p. 15).

⁵⁵ Bien que les aspects théoriques liés à ce concept apparu dans un premier temps aux Etats Unis soient critiqués par certains, nous préférons utiliser le terme *gender* en anglais non pas par attachement à cette théorie mais parce qu'il exprime, mieux que son équivalent en français (*genre*), les aspects socioculturels qui différencient les femmes des hommes (plutôt que ceux qui sont d'ordre strictement biologique), ce qui correspond bien, à notre sens, aux critères qui sont aux fondements de la discrimination normative entre les sexes construite par les jurisconsultes musulmans.

Le principe : La séparation des biens.

Le principe de la séparation des biens⁵⁶ est posé par l'alinéa 1^{er} de l'article 37 du Code de la famille qui énonce que *chacun des deux époux conserve son propre patrimoine* modifiant ainsi la précédente formulation de ce même principe déjà rappelé par l'alinéa 3 de l'article 38 de ce même Code, aujourd'hui abrogé. Cette disposition est d'ailleurs en cohérence avec les règles relatives au mariage qui permettent au mari la polygynie⁵⁷. La séparation des patrimoines s'impose donc logiquement afin d'éviter la confusion des biens de chacune des

⁵⁶ Notons que le vocable « régime matrimonial » est utilisé par le législateur dans le décret relatif aux modalités d'application de l'assurance-décès dans le secteur agricole (alinéa 3 de l'article 3 du décret n° 71-71 du 5 avril 1971. *Journal officiel* n° 29 du 9 avril 1971, p. 348).

⁵⁷ Au sujet de la polygynie, notons que pour l'Algérie, les statistiques disponibles depuis la seconde moitié du XIX^{ème} siècle montrent une baisse constante du taux de polygames par rapport à la population masculine en âge de se marier. Avant le XIX^{ème} siècle, il semble que la polygynie ne constitue pas un phénomène de société et se limiterait en milieu urbain (à Alger notamment) à quelques milieux aisés de la société (Fatiha Loualich, *La famille à Alger, XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles. Parenté, alliances et patrimoine*, Média-Plus, Constantine, 2017, p. 65 et suiv.). Du point de vue statistique, on note qu'en 1886, ce taux était de 15%. Il passe à 6,4% en 1911 et à 3% en 1948 (Pierre Bourdieu, *Sociologie de l'Algérie*, PUF, Paris, 1990, p. 86, note 1). En 1986, ce pourcentage est de 1,5% (selon une étude menée sur la polygamie en Afrique noire –IFAN- et l'Institut français de recherche scientifique pour le développement et la coopération – ORSTOM-). En l'an 2000, le taux d'hommes polygames est de 1,4% (Office National des Statistique, Alger, 2000). Par ailleurs, si l'on prend en considération le fait que les hommes peuvent se marier alors qu'ils sont en cours de procédure de divorce, la polygynie est encore plus faible que ne laissent supposer les statistiques de l'état civil (Kamel Kateb, *La fin du mariage traditionnel en Algérie ? 1876-1998*, Bouchène, Paris, 2001, p. 54).

coépouses éventuelles, notamment lors des opérations successorales⁵⁸.

Cette séparation des patrimoines signifie que chacun des deux conjoints conserve l'administration et la gestion de ses biens et l'entière jouissance de ses revenus⁵⁹. Chacun agit en cette matière en toute liberté et aucun des deux époux n'a un quelconque droit de regard sur la gestion des biens personnels de l'autre. Cette règle s'applique dès la conclusion du mariage pour tous les biens propres à chacun des conjoints détenus ou acquis avant ou durant le mariage. Il en est ainsi notamment pour la dot versée par le mari à sa femme⁶⁰. *Cette dot* (en numéraire ou en tout autre bien licite), déclare la loi, *lui revient en toute propriété et elle en dispose librement* (article 14 du Code de la famille).

⁵⁸ En Droit musulman classique, cette indépendance financière est reconnue également au jeune homme et à la femme célibataire dès lors qu'il (ou qu'elle) est déclaré(e) formellement ou reconnu(e) implicitement *rashîd(a)* c'est-à-dire apte à gérer ses biens. Si ce n'est pas le cas, le mariage n'émancipe pas et les biens continuent d'être gérés par le tuteur de l'incapable (Louis Milliot et François-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du Droit musulman*, Sirey, Paris, 2^{ème} éd., 1987, p. 318). En droit positif actuel, ce n'est plus le cas puisque la majorité légale (et donc ses effets de droit) est fixée à 19 ans pour les deux sexes (alinéa 2 de l'article 40 du Code civil).

⁵⁹ Ce principe de séparation a été confirmée par la jurisprudence des tribunaux français en Algérie dès le début du XIX^{ème} siècle (Voir Fernand Dulout, *Traité de Droit musulman et Algérien moderne*, La Maison des Livres, 2^{ème} éd., Alger, 1947, Tome 2, notamment p. 67 et suiv.).

⁶⁰ Rappelons que parmi les conditions de formation du mariage une dot doit être fixée et versée à la femme (article 9bis du Code de la famille) en partie (dans un premier temps avec une échéance pour le restant) ou totalement (obligatoirement lors de la dissolution du mariage au plus tard). Voir les articles 9bis, 14 et 15 du Code de la famille).

Cette autonomie totale dans la gestion des biens personnels a comme conséquence, par exemple, que la femme mariée n'a pas à solliciter l'autorisation de son conjoint pour ouvrir un compte bancaire ou pour s'inscrire au registre du commerce dès l'instant où elle est en capacité légale d'agir (alinéa 1^{er} de l'article 40 du Code civil⁶¹ et l'article 86 du Code de la famille⁶² qui ne font pas de distinction entre les sexes) tout comme aucun des époux n'est tenu par les dettes contractées par l'autre. Ainsi la femme commerçante s'oblige personnellement par les actes qu'elle fait pour les besoins de son commerce (Article 8 du Code de commerce). Cette totale indépendance de chacun des époux fait que même lorsque l'un d'eux exerce une activité commerciale liée au commerce de l'autre, la loi ne le considère pas pour autant comme commerçant tant que cette activité n'est pas séparée de celle exercée par l'autre conjoint (Article 7 du Code de commerce)⁶³.

Ce principe de séparation des patrimoines est par ailleurs renforcé par le droit pénal qui prévoit *une peine de prison de six mois à deux ans pour quiconque exerce sur son épouse toute forme de contrainte ou d'intimidation afin de*

⁶¹ Cet article dispose que *toute personne majeure, jouissant de ses facultés mentales et n'ayant pas été interdite, est pleinement capable pour l'exercice de ses droits civils.*

⁶² Article 86 du Code de la famille : *Toute personne majeure non frappée d'interdiction est pleinement capable conformément aux dispositions de l'article 40 du Code civil.*

⁶³ La précédente version de l'article 7 du Code commerce énonçait que la femme mariée n'est pas réputée commerçante si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari (Ordonnance n° 75-59 du 26 septembre 1975. La modification a été apportée par l'Ordonnance n° 96-27 du 9 décembre 1996).

*disposer de ses biens ou de ses ressources financières*⁶⁴. En outre, le vol entre époux est sanctionné pénalement si le conjoint victime dépose une plainte en ce sens⁶⁵.

Les obligations financières découlant du mariage.

Durant la vie commune des époux seul le mari est dans l'obligation de subvenir aux charges du ménage (*nafaqa*) tant envers son (ou ses) épouse(s) dès la consommation du mariage⁶⁶ (article 74 du Code de la famille)⁶⁷ qu'envers ses enfants mineurs⁶⁸ (alinéa 1^{er} de l'article 75 du Code de la famille) et sans limite d'âge s'ils sont scolarisés ou éventuellement frappés d'un handicap (alinéa 2 de ce même article 75)⁶⁹. La femme mariée n'est nullement

⁶⁴ Article 330bis de la loi n° 15-19 du 30 décembre 2015 modifiant et complétant l'ordonnance n° 66-156 du 8 juin 1966 portant Code pénal (*Journal officiel* n° 71 du 30 décembre 2015, p. 3).

⁶⁵ Article 369 de la loi du 30 décembre 2015 précitée.

⁶⁶ Le législateur algérien a donc repris la règle du Droit malékite selon laquelle l'obligation d'entretien de l'épouse ne naît qu'à compter de la cohabitation des époux et non pas dès la conclusion du mariage comme l'enseigne la doctrine hanéfite.

⁶⁷ L'article 78 du Code de la famille détermine le contenu de l'entretien que doit le mari à son épouse.

⁶⁸ La minorité légale prend fin à 19 ans pour les deux sexes (alinéa 2 de l'article 40 du Code civil).

⁶⁹ Il y a lieu de préciser que l'obligation d'entretien du père envers ses enfants est conditionnée par l'existence d'un lien de filiation légitime issue d'une union conjugale régulière (Cour suprême, 7 février 1987, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1990, n° 3, p. 65) mais la Cour suprême a reconnu, depuis l'adoption d'amendements au Code de la famille, la filiation biologique en faveur d'un enfant né hors mariage et établie à la suite d'une expertise de l'ADN du géniteur (en se fondant sur l'alinéa 2 de l'article 40 modifié dont la version en langue arabe est différente de celle traduite en français et publiée au *Journal officiel*) en lui attribuant des *effets légaux* sans toutefois se prononcer sur le sens à donner à cette formule et notamment si l'on doit comprendre que l'établissement de la paternité suffit pour faire peser sur le père biologique une obligation juridique d'entretien

tenue juridiquement de participer aux frais du ménage et à l'entretien de ses enfants, même si elle en a les moyens⁷⁰ et encore moins à celui de son mari. Par contre l'obligation d'entretien du père envers ses enfants disparaît si ces derniers disposent de ressources propres (alinéa 1^{er} de l'article 75 du Code de la famille)⁷¹.

En cas d'incapacité du père, la loi prévoit que l'entretien des enfants incombe(ra) à la mère lorsque celle-ci est en mesure d'y pourvoir (article 76 du Code de la famille)⁷². On doit comprendre par « incapacité du père » (*adjz al-ab*) le fait de ne plus être en mesure financièrement de subvenir aux besoins de sa famille et

qui ne se fonderait plus alors seulement sur le seul lien de la filiation légitime (Voir Cour suprême, 5 mars 2006, in *Madjallat al-Mahkama al-^culiyâ*, 2006, n° 1, p. 469 et commentaire par Malika Boulenouar Azzemou, in *Les Cahiers du LADREN*, Faculté de Droit d'Oran, 2013, n° 4, p. 75).

⁷⁰ Cour suprême, 22 février 2000, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2001, n° 1, p. 284. Il n'est pas admis que la mère se désiste de son droit à percevoir la pension alimentaire que doit verser le père à ses enfants (Cour suprême, 21 janvier 2004, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2004, n° 2, p. 379).

⁷¹ Cour suprême, 9 juillet 1996, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1998, n° 1, p. 123. La pension alimentaire est due à la jeune fille au-delà de sa majorité jusqu'à son mariage si elle n'a pas de ressources propres (Article 75 du Code de la famille) (Cour suprême, 23 février 2005, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2005, n° 1, p. 283).

⁷² Cette disposition n'est pas totalement inconnue des *fuqahâ'* même s'il y a des divergences mineures entre eux sur les personnes concernées. C'est ainsi qu'elle n'est pas retenue par tous les auteurs malékites (Voir notamment Sahnûn ibn Saïd al-Tanûkhî (IX^eème siècle), *al-Mudawwana al-kubrâ*, Dâr Sader, Beyrouth, (sans date d'édition), tome II, p. 247 ; al-Dasûqî (XIX^eème siècle), *Hâshiyat ^calâ al-sharh al-kabîr*, Dâr al-kitâb al-^carabî, Beyrouth, 2011, Tome II, p. 483) encore que Khalîl y fait allusion même en faveur du mari (Voir *Mukhtasar*, op. cit., p. 133). Elle est par contre proposée par Abû Yûsuf (VIII^eème siècle) un disciple d'Abû Hanîfa. L'école hanéfite pose le principe que l'entretien est dû entre parents au degré de parenté empêchant le mariage alors que les malékites limitent cette obligation aux seuls parents hommes ascendants et descendants en ligne directe.

non pas parce qu'il est frappé d'une incapacité juridique à la suite d'un jugement (Articles 101 et suivants du Code de la famille)⁷³. L'application de cette disposition est donc conditionnée par la situation financière du père (devenu insolvable) ainsi que par celle de la mère (elle doit avoir des revenus propres suffisants)⁷⁴. La Cour suprême va même jusqu'à admettre implicitement que ce n'est qu'en cas d'insolvabilité de la mère que l'obligation de la *nafaqa* peut alors éventuellement être transférée aux grands parents⁷⁵.

On se doit d'observer que cette obligation d'entretien n'est pas expressément destinée à subvenir aux besoins du mari mais seulement à ceux des enfants. Lorsque le mari retrouve ses moyens financiers, il doit reprendre en charge l'entretien de sa famille. A ce moment l'épouse est alors en droit de demander le remboursement des sommes qu'elle a engagées en vue d'entretenir les enfants communs. Si elle n'agit pas en ce sens, son geste est considéré comme une libéralité en faveur de son mari.

⁷³ Ainsi le père frappé d'une interdiction juridique (*mahdjûr 'alayhi*) n'est pas pour autant dispensé de son obligation de verser une pension alimentaire mais c'est le curateur (*muqaddam*) chargé de l'administration de ses affaires qui agira en ses lieu et place (à partir des revenus personnels de l'interdit) et ce, tant que l'interdiction n'est pas levée par une décision judiciaire (Cour suprême, 14 mars 2013, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2013, n° 2, p. 272).

⁷⁴ Cour suprême, 14 juin 1994, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1995, n° 2, p. 95.

⁷⁵ On peut en effet lire dans un attendu que *la nafaqa due par la mère à ses enfants ne peut être transférée au grand père tant qu'elle a un revenu* (Cour suprême, 9 mai 2007, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2008, n° 2, p. 295). Par contre le grand père ne peut être obligé de subvenir aux besoins de ses petits enfants du seul fait qu'il a été désigné comme curateur de son fils qui est en même temps leur père (Cour suprême, 15 septembre 2011, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2011, n° 2, p. 308).

Notons que du point de vue du Droit international privé, la pension alimentaire, en tant qu'un des effets du mariage, est régie par la loi nationale de l'époux au moment de la conclusion du mariage. Il en est de même pour la pension alimentaire due à l'enfant, en tant que conséquence du lien de filiation, qui est également soumise à la loi nationale du père au moment de la naissance de l'enfant (Article 12 du Code civil) mais seul le droit algérien est applicable dès lors que l'un des conjoints est algérien (Article 13 du Code civil)⁷⁶. Ajoutons enfin à ce sujet que l'Algérie a adhéré à la *Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger*, signée à New York le 20 juin 1956⁷⁷ qui organise la procédure à suivre par le débiteur d'une pension alimentaire résidant dans un Etat donné afin de percevoir les sommes qui lui sont dues à ce titre par le créancier résidant dans un autre Etat dès lors que chacun des Etats concernés est signataire de cette Convention⁷⁸.

⁷⁶ Voir sur cet aspect de la question, Mohammed Habbâr, *al-Qânûn al-dawlî al-khâss* (Droit international privé) Dâr al-Rû'â, Alger, 2013, p. 138.

⁷⁷ Ordonnance n° 69-29 du 22 mai 1969 portant adhésion de la République algérienne à la Convention sur le recouvrement des aliments à l'étranger signée à New York le 20 juin 1956, in *Journal officiel* n° 52 du 17 juin 1969, p. 478. Voir aussi l'alinéa 4 de l'article 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 qui demande aux *Etats de prendre toutes les mesures en vue d'assurer le recouvrement de la pension alimentaire auprès de ses parents ou des autres personnes ayant une responsabilité financière à son égard que ce soit sur leur territoire ou à l'étranger*. Cette disposition doit s'appliquer également lorsque les personnes concernées vivent sur les territoires d'Etats différents.

⁷⁸ L'*exequatur* d'un jugement étranger ne peut être refusée pour atteinte à l'ordre public au seul motif que la pension alimentaire qui y est fixée est libellée en monnaie étrangère (Cour suprême, 12 avril 2006, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2006, n° 1, p. 477).

Les obligations financières découlant de la dissolution du mariage.

Il y a lieu de distinguer entre la dissolution du mariage par divorce et celle résultant du décès de l'un des époux⁷⁹.

La dissolution judiciaire du mariage n'entraîne pas automatiquement la cessation du droit de la femme de continuer à vivre dans le domicile conjugal. En effet, ce droit perdure durant toute la période de retraite légale (*‘idda*) sauf *en cas de faute immorale dûment établie*, prévoit l'article 61 du Code de la famille, ce qui implique un constat officiel de la faute commise et une procédure d'expulsion⁸⁰.

Ce même article prévoit par ailleurs que la femme divorcée a droit à une pension alimentaire durant toute la période de retraite légale⁸¹. Cette pension peut être fixée par le juge en référé par ordonnance sur requête comme mesure provisoire avant le jugement de divorce (Article 57bis du Code de la famille) et reste donc susceptible de

⁷⁹ Les effets patrimoniaux résultant du décès de l'un des époux sont exposés plus loin.

⁸⁰ L'article 12 du Décret n° 76-147 du 23 octobre 1976 régissant les rapports entre bailleur et locataire d'un local à usage principal d'habitation relevant des offices de promotion et de gestion immobilière déclare qu'*en cas de divorce, le droit au bail et au maintien dans les lieux revient à l'époux désigné par le juge, conformément aux dispositions de l'article 467 de l'ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant Code civil*. Cette disposition n'est plus en vigueur depuis que l'article 467 du Code civil a été complètement remanié par la loi n° 07-050 du 13 mai 2007 portant amendements à certaines dispositions du Code civil.

⁸¹ Nous omettons volontairement de citer l'éventuelle condamnation du mari à verser à la femme des réparations pour le préjudice qu'elle subit du fait du divorce initié par l'époux et estimé abusif (Article 52 du Code de la famille) ou encore lorsque ce dernier, par son comportement, a été la cause de la demande en divorce par la femme (Article 53bis de ce même Code).

révision ou même supprimée selon les circonstances jusqu'à ce qu'il soit statué sur le fond (Article 445 du Code de procédure civile et administrative).

Lorsque le jugement de divorce attribue le droit de garde de l'enfant à la mère (ou à tout autre personne), le père doit lui assurer un logement ou lui verser un loyer afin de lui permettre de l'exercer dans des conditions correctes (Alinéa 1^{er} de l'article 72 du Code de la famille)⁸². Pour éviter toute manœuvre dilatoire du père lorsque la garde est attribuée à la mère, la loi énonce que cette dernière *est maintenue dans le domicile conjugal jusqu'à l'exécution par le père de la décision judiciaire relative au logement* (Alinéa 2 de l'article 72).

Par ailleurs lorsque, pour une raison quelconque⁸³, le père ne verse pas (ou a cessé de verser) la pension alimentaire due aux enfants conformément à ce qui a été fixé par ordonnance à titre provisoire au cours de l'instance en divorce (Article 445 du Code de procédure civile et administrative) ou par le jugement le prononçant, ainsi que la pension alimentaire allouée à la femme divorcée, la loi permet à cette dernière ou à la personne chargée légalement de la garde des enfants et en tant que représentante de ces derniers, de percevoir le montant de

⁸² Cette disposition s'applique aussi pour toute autre personne à qui est attribué le droit de garde.

⁸³ La raison peut être le refus du père de payer, son incapacité partielle ou totale à le faire (chômage et insolvabilité avérée, revenus insuffisants ou irréguliers) ou encore la méconnaissance de son lieu de résidence. Lorsque le refus de verser la pension alimentaire n'est pas justifié par l'insolvabilité du père débiteur, il y a abandon de famille et son auteur est passible d'une condamnation pénale accompagnée d'une interdiction d'exercer les droits de famille (la tutelle notamment) (Articles 9, 14 et 331 du Code pénal).

ladite pension du *Fonds de la pension alimentaire* créé par une loi du 4 janvier 2015⁸⁴ et financé essentiellement sur le budget de l'Etat et les taxes fiscales ou parafiscales instituées à son profit⁸⁵. Le montant versé par cet organisme correspond à celui fixé par le juge et éventuellement selon la révision opérée par lui à la demande des intéressés⁸⁶. Ce fonds ne peut néanmoins pas être saisi pour demander le versement des sommes allouées à la femme au titre de réparation du préjudice subi conséquemment à la dissolution du mariage et auxquelles a été éventuellement condamné le mari⁸⁷.

C'est le juge, président de la section des affaires familiales territorialement compétent⁸⁸ qui est chargé de statuer sur la demande faite par le débiteur de la pension

⁸⁴ Loi n° 15-01 du 4 janvier 2015 portant création d'un fonds de la pension alimentaire (*Journal officiel* n° 01 du 7 janvier 2015, p. 6). Cette loi ne s'applique pas pour les décisions rendues en cette matière antérieurement à sa promulgation (Article 15 de ladite loi).

⁸⁵ Article 3 du Décret exécutif n° 15-107 du 21 avril 2015 fixant les modalités de fonctionnement du compte d'affectation spéciale intitulé « Fonds de la pension alimentaire ». Cet article prévoit que ce Fonds est également alimenté par les montants des pensions alimentaires recouvrées des débiteurs, ainsi que par des dons et des legs et par toutes autres ressources (*Journal officiel* n° 22 du 29 avril 2015, p. 3).

⁸⁶ L'article 79 du Code de la famille permet une révision de la pension alimentaire en fonction de la situation des conjoints et des conditions de vie mais pas avant une année au moins à compter du prononcé du jugement .

⁸⁷ Relevons que le père chargé de verser une pension alimentaire par une juridiction étrangère ne peut être obligé de cette même obligation une seconde fois par un tribunal algérien (Cour suprême, 23 février 2005, in *Madjallat al-Mahkama al-Uliyâ*, Alger, 2005, n° 1, p. 307).

⁸⁸ Le tribunal du lieu du domicile du créancier de la pension alimentaire (Alinéa 5 de l'article 426 du Code de procédure civile et administrative).

alimentaire⁸⁹ par voie d'ordonnance gracieuse dans un délai de cinq jours à compter de la date de sa saisine (Alinéa 1^{er} de l'article 5 de la loi précitée). L'ordonnance ainsi rendue doit être notifiée par le greffe dans les quarante huit heures à l'auteur de la demande, au créancier de ladite pension et aux services financiers chargés de son versement⁹⁰. Elle n'est susceptible d'aucune voie de recours (Article 12 de la loi).

Le bénéficiaire de la pension versée par ce Fonds doit informer le juge de tout changement de sa situation sociale ou juridique pouvant affecter son droit sur la pension alimentaire⁹¹. Le juge doit alors étudier l'impact de ce changement sur le bénéfice de ladite pension et statuer par voie d'ordonnance gracieuse qui est notifiée aux parties intéressées dans les quarante huit heures à compter de son prononcé (Alinéa 2 de l'article 7 de la loi)⁹².

⁸⁹ Un arrêté interministériel du 18 juin 2015 fixe les pièces constitutives du dossier de demande du bénéfice des redevances financières du fonds de la pension alimentaire (*Journal officiel* n° 35 du 28 juin 2015, p. 17).

⁹⁰ Le Ministère de la solidarité nationale est l'ordonnateur principal du compte « Fonds de la pension alimentaire » et ce sont les directeurs de l'action sociale et de la solidarité de wilaya qui en sont les ordonnateurs secondaires (Alinéas 2 et 3 de l'article 2 du Décret exécutif du 21 avril 2015 fixant les modalités de fonctionnement du compte d'affectation spéciale intitulé « Fonds de la pension alimentaire »). Le trésorier de wilaya est chargé des opérations de recouvrement auprès des débiteurs de pensions alimentaires pour le compte du Fonds (Article 9 de la loi portant création d'un fonds de la pension alimentaire).

⁹¹ L'alinéa 1^{er} de l'article 7 de la loi créant le Fonds fixe un délai de dix jours pour informer le juge de tout changement de situation du débiteur.

⁹² L'intervention du Fonds pour verser une pension alimentaire n'implique pas que le créancier ne sera pas poursuivi judiciairement pour infraction de non-paiement de ladite pension (Article 13 de la loi) et l'auteur de toute fausse déclaration pour bénéficier indûment d'une pension est passible des peines prévues par la législation pour ce délit (Alinéa 1^{er} de l'article 14 de la loi). Enfin toute personne

Le versement de la pension alimentaire à son bénéficiaire est poursuivi jusqu'à la déchéance de son droit (Alinéa 4 de l'article 6 de la loi), c'est-à-dire jusqu'à la fin de la *'idda* pour la femme divorcée (Articles 58 et 60 du Code de la famille) et jusqu'à la fin de l'exercice du droit de garde (*hadhâna*) des enfants du couple dissout (Articles 65 à 71 du Code de la famille).

Possibilité pour les époux d'établir une convention relative aux biens communs acquis durant le mariage⁹³.

Bien qu'il n'y ait pas de dispositif législatif qui organise les rapports pécuniaires et la gestion des biens des époux et que la séparation des biens n'est en fait qu'un des effets du mariage, il y a néanmoins une nouveauté en cette matière dont il n'est pas exclu qu'elle constitue les prémices d'un système que la complexification aboutira par la mise en place d'un véritable régime matrimonial. La loi permet en effet depuis 2005 aux époux d'établir une convention pour déterminer les proportions revenant à chacun d'eux sur les biens acquis conjointement durant le mariage (alinéa 2 de l'article 37 du Code de la famille). Cet accord peut être inséré dans l'acte de mariage ou établi ultérieurement sous forme d'acte authentique par un notaire.

Cette disposition dont on peut dire qu'elle se situe dans la logique de l'article 19 du Code de la famille⁹⁴ et ne

ayant reçu des contributions financières indues est tenue de les restituer (Alinéa 2 de l'article 14).

⁹³ Hadjira Dennouni, *Les conventions entre époux en droit algérien. Pourquoi les conventions et pas contrats* (sic), in *Revue semestrielle* du Laboratoire de Droit privé fondamental, Faculté de Droit de l'Université de Tlemcen, n° 4, 2007.

constitue pas une réelle innovation par rapport aux principes du Droit musulman, se présente néanmoins comme une réponse « technique » à une situation apparue avec le développement important des interventions des femmes dans tous les secteurs de l'activité économique seules ou en collaboration avec leurs époux et conduisant ainsi à l'acquisition de biens durant la vie conjugale. Le patrimoine commun ainsi constitué est souvent source de difficultés au moment de la dissolution du mariage à la suite du décès de l'un des époux ou d'un divorce, difficultés que les règles classiques du Droit musulman réservées aux seuls biens meubles (en distinguant ceux appartenant « normalement » aux seules femmes de ceux appartenant « normalement » aux seuls hommes)⁹⁵ et reprises par l'article 73 du Code de la famille ne sont pas en mesure de résoudre dès lors que les biens ne sont plus

⁹⁴ En effet, l'article 19 du Code de la famille (tant dans sa version de 1984 que dans celle de 2005) permet *aux deux conjoints de stipuler dans le contrat de mariage ou dans un contrat authentique ultérieur toute clause qu'ils jugent utiles...*

⁹⁵ Le principe posée par la Cour suprême est que tous les biens situés dans le domicile conjugal appartiennent à l'époux (Cour suprême, 7 décembre 1987, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1990, n° 4, p. 50) même s'ils sont d'une utilisation commune et partagée (Cour suprême, 16 janvier 1989, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, n° 3, 1990, p. 55) mais elle rappelle qu'il appartient au juge de déterminer pour chacun des époux les biens qui lui sont propres (Cour suprême, 4 janvier 1988, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, n° 3, 1991, p. 45) tout comme elle admet qu'en cette matière tous les moyens de preuve peuvent être utilisés par chacun des deux conjoints pour justifier leurs droits respectifs sur les biens meubles quelle que soit leur valeur (Cour suprême, 12 décembre 1983, in *Revue Nushrat al-qudât*, Alger, n° 46, p. 54 ; Cour Suprême, 16 mars 1999 in *Revue al-Ijtihâd al-qadâ'i*, numéro spécial, Alger, p. 245 ; Cour Suprême, 23 mai 2001, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, n° 1, 2003, p. 364). A défaut de preuves les déclarations des concernés doivent être faites sous serment (Article 73 du Code de la famille).

de nos jours généralement propres à l'un ou à l'autre sexe. Ils peuvent en outre se présenter sous différentes formes et la valeur de certains d'entre eux peut être très importante. Il n'en demeure pas moins que dans ce type de contentieux la jurisprudence de la Cour suprême montre qu'il doit être tenu compte de l'empêchement moral consécutif à la relation conjugale pour l'établissement de la preuve en s'appuyant sur l'article 336 du Code civil⁹⁶.

Le réaménagement de l'article 37 en 2005⁹⁷ ne va pas toutefois jusqu'à proposer aux époux d'opter pour un régime matrimonial mais leur accorde une totale liberté pour définir les modalités de partage des biens communs acquis durant le mariage selon leur propre volonté et en fonction de leurs intérêts respectifs déterminés d'après leurs appréciations personnelles.

Que doit-on entendre par biens communs ? D'un point de vue théorique, il devrait s'agir des biens acquis **conjointement** pendant le mariage à titre onéreux à partir des revenus de chacun des deux époux ou à titre gratuit à la suite d'une libéralité reçue ensemble. Si l'on s'en tient à la lettre de la loi, sont donc exclus les biens personnels acquis par chacun des époux avant leur mariage tout comme il y a lieu d'exclure les biens acquis par chacun des conjoints personnellement à la suite d'une libéralité ou d'une succession ayant eu lieu au cours de la vie

⁹⁶ Cour suprême, 16 mai 2013, in *Madjallat al-Mahkama al-c'uliyâ*, Alger, 2013, n° 1, p. 174.

⁹⁷ Rappelons que l'article 37 du Code de la famille (dans sa version de 1984) énonçait que *le mari est tenu de : 1) subvenir à l'entretien de l'épouse dans la mesure de ses possibilités sauf lorsqu'il est établi qu'elle a abandonné le domicile conjugal ; 2) d'agir en toute équité envers ses épouses s'il en a plus d'une.*

conjugale, sauf volonté contraire de leur part dûment consignée dans le contrat de mariage.

Hormis cette possibilité offerte aux époux de prévoir le sort des biens communs dans l'hypothèse d'une dissolution du mariage, la loi ne prévoit pas de règles relatives à l'administration et à la gestion des ces biens. Aussi il se pose la question de savoir si ce contrat de mariage peut contenir des dispositions particulières allant en ce sens ou si celui-ci doit se limiter à déterminer les parts de chaque conjoint sur les biens communs sans plus ? L'ajout apporté par le législateur à l'article 37 du Code de la famille n'a donc pas pour conséquence de mettre en place un régime matrimonial, même à un niveau embryonnaire mais constitue seulement une démarche permettant aux époux qui le désirent d'éviter les difficultés liées à la détermination de la part de chacun d'eux parmi les biens qu'ils possèdent en commun au moment de la dissolution du mariage⁹⁸.

A ce sujet notons par ailleurs qu'il n'est prévu aucune disposition quant au contenu de ce contrat de mariage sauf celles relevant de l'ordre public ou portant éventuellement atteinte à l'essence même du mariage ou contraires aux

⁹⁸ Le texte en langue arabe (le seul officiel) de l'article 37 est plus clair que sa traduction en français. En effet, la version en langue arabe énonce « *il est permis aux deux époux de s'accorder...à propos des biens communs entre eux deux acquis durant la vie conjugale* » (...yadjûzu li-al-zawdjayn an yattafiqâ...hawla al-amwâl al-mushtaraka bayna-humâ allatî yaktassibâni-hâ khilâl al-hayât al-zawdjyya...) alors que la version en français déclare « *...les deux époux peuvent convenir...de la communauté des biens acquis durant le mariage...* ».

dispositions du Code de la famille⁹⁹. Ces limites étant normalement contrôlées lors de la rédaction de l'acte de mariage par l'officier d'état civil ou par le notaire (article 18 -version 2005- du Code de la famille et article 3 de l'Ordonnance du 19 février 1970 relative à l'état civil modifiée par la loi du 9 août 2014).

Le texte ne se prononce pas également sur la question de savoir s'il est possible pour les époux d'apporter des modifications à ce contrat, d'y mettre un terme au cours de la vie conjugale ou encore d'en conclure un nouveau tout comme il n'est pas prévu de procédure d'homologation par le juge ne serait ce que pour s'assurer qu'il n'est pas porté atteinte aux intérêts des enfants notamment¹⁰⁰. Il se pose en outre la question de l'impact de cet accord sur le droit successoral.

Il n'est pas prévu non plus de publicité pour ce type de contrat diligentée par les services de l'état civil¹⁰¹ ou par le notaire permettant ainsi aux tiers en relations d'affaires avec les époux d'en avoir connaissance même si l'on peut noter que le Code de commerce impose au notaire qui rédige un acte comportant, pour les parties intéressées, une incidence quelconque en matière de registre du commerce,

⁹⁹ Il nous faut revenir à l'article 19 précédemment cité qui conditionne la validité des clauses contenues dans tout contrat conclu entre les époux à leur conformité *aux dispositions de la présente loi* (c'est-à-dire au Code de la famille).

¹⁰⁰ C'est le cas notamment lorsque l'un des époux a des enfants d'un précédent mariage ou si le mari a plus d'une épouse.

¹⁰¹ La publicité du contrat de mariage par les services de l'état civil peut être d'autant plus efficace qu'ils sont tous reliés au Registre national automatisé de l'état civil lui-même relié aux institutions publiques concernées (Article 25 bis de la loi n° 14-08 du 9 août 2014 modifiant et complétant l'ordonnance n° 70-20 du 19 février 1970 relative à l'état civil).

de procéder à toutes les formalités afférentes à l'acte qu'il a rédigé (Alinéa 2 de l'article 26 du Code de commerce) et donc d'en signaler l'existence aux services du Registre du Commerce lorsque l'un des conjoints a la qualité de commerçant ou encore aux services fiscaux en cas d'éventuelle incidence sur les droits et obligations des intéressés en matière d'impôts.

Enfin et bien que la loi n'envisage pas l'hypothèse, il est dans la logique de la séparation des biens que l'homme autorisé à se marier avec plus d'une femme soit à même de conclure une telle convention séparément avec chacune de ses épouses¹⁰².

La souscription à une assurance réciproque entre les époux.

La loi permet aux époux de souscrire une assurance réciproque sur la personne de chacun d'eux par un seul et même acte¹⁰³. Il découle de cette disposition qu'en cas de décès de l'assuré, le montant des sommes assurées est versé au profit du conjoint survivant et éventuellement aux enfants communs qui acquerront alors un droit propre et

¹⁰² Cette règle évidente en soi, est implicitement rappelée, pour qui la question se poserait encore, par l'article 19 du Code de la famille qui déclare formellement que toute clause contenue dans un contrat de mariage est conclue entre *les deux conjoints*.

¹⁰³ Article 69 de l'Ordonnance n° 95-07 du 25 janvier 1995 relative aux assurances telle que modifiée par l'article 14 de la loi n° 06-04 du 20 février 2006 modifiant et complétant cette même ordonnance (*Journal officiel* n° 15 du 12 mars 2006, p. 3). Cet article 69 dans l'ordonnance du 25 janvier 1995 énonçait dans un alinéa 1^{er} la même disposition mais conditionnait la validité de l'acte au versement de la rente au patrimoine successoral qui, en cas de décès de l'assuré est alors répartie conformément aux dispositions du Code de la famille (article 71 de l'ordonnance u 25 janvier 1995).

direct sur lesdites sommes¹⁰⁴. Ce capital versé par l'organisme assureur aux bénéficiaires désignés, et qui sont dans cette hypothèse des héritiers de l'assuré décédé, n'est pas intégrée à la masse des biens laissés par ce dernier (comme le stipulait l'alinéa 1^{er} de l'ancien article 69 de la loi relative aux assurances) et échappe ainsi aux règles successorales prévues par le Code de la famille¹⁰⁵.

On note donc que ces dispositions répondent à une conception tout à fait opposée à celle du Droit musulman classique en matière de gestion des biens après le décès de leur propriétaire puisqu'un tel contrat d'assurance entre époux, qui équivaut à une *ruqbâ* ou donation mutuelle à

¹⁰⁴ Article 71 de l'Ordonnance relative aux assurances tel que modifié par l'article 18 de la loi du 20 février 2006 précitée.

¹⁰⁵ Notons que ce régime dérogatoire au droit successoral existe également dans le secteur agricole pour ce qui est des sommes versées au titre du capital-décès au conjoint survivant ou à défaut aux descendants à charge ou encore, en l'absence de ces derniers, aux ascendants (article 21 de l'Ordonnance 71-14 du 5 avril 1971 relative à l'organisation d'un nouveau régime d'assurances sociales agricoles, in *Journal officiel* n° 29 du 9 avril 1971, p. 334). En effet, il est prévu en cas de pluralité d'épouses ou de plusieurs autres ayant-droits, le capital-décès est alors réparti par parts égales et non pas en fonction de ce que prévoit le droit successoral pour ces catégories d'héritiers selon leur degré de parenté avec le défunt. Ajoutons qu'à défaut d'ayant-droits remplissant les conditions prévues (pour les enfants de l'assuré, il faut être âgé de moins de 14 ans ; moins de 18 ans pour ceux qui sont en contrat d'apprentissage ; moins de 21 ans pour ceux qui sont scolarisés dans le primaire, le secondaire, le supérieur ou dans un établissement d'enseignement technique ou professionnel. Pour les descendants, ils doivent être incapables de travailler en raison d'une maladie ou une infirmité et avoir été effectivement à la charge de l'assuré. Enfin la fille qui doit être âgée de moins de 21 ans et qui remplace la mère de famille décédée auprès d'un frère ou d'une sœur plus jeunes) le capital-décès n'est pas attribué (articles 3 et suivants du décret n° 71-71 du 5 avril 1971 relatif aux modalités d'application de l'assurance-décès dans le secteur agricole. *Journal officiel* n° 29 du 9 avril 1971, p. 348).

cause de mort¹⁰⁶, est en principe interdit et nul, tant en droit malékite qu'en droit hanéfite¹⁰⁷.

Le législateur contemporain permet ainsi de renforcer le droit de l'individu de déterminer le sort de son patrimoine pour après son décès au-delà de ce que permet le Droit musulman classique tout en maintenant en vigueur celui-ci en tant que droit commun applicable dans les cas où de telles dispositions n'auraient pas été prises par l'intéressé de son vivant. C'est ainsi que si le souscripteur du contrat d'assurance n'a pas désigné de bénéficiaire, le montant des sommes stipulées au contrat tombe dans la masse successorale laissée par le *de cuius* qui est alors répartie entre les ayant-droits conformément à la législation en vigueur¹⁰⁸, c'est-à-dire selon les règles successorales prévues par la loi (qui sont celles du *fiqh* classique).

Ajoutons que les héritiers de l'assuré (et donc éventuellement l'épouse s'il n'y a pas eu entre temps divorce) sont également appelés à prendre leurs parts respectifs en cas de révocation du ou des bénéficiaire(s) après le décès du souscripteur dans les conditions prévues par l'article 77 de la loi relative aux assurances.

Toutes ces dispositions se fondent sur le principe de liberté reconnu au souscripteur de désigner le ou les bénéficiaires de la rente (alinéa 1^{er} de l'article 76 de la loi relative aux assurances) sans tenir compte des *limites*

¹⁰⁶ Edmond Fagnan, *Addition aux dictionnaires arabes*, Jules Carbonel, (Alger) et Paul Geutner (Paris), 1923, p. 67.

¹⁰⁷ Wahba al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-islâmî wa adillatuhu*, Dâr al-Fikr, Damas, 1^{ère} éd., 1984, Tome V, p. p. 9 et suiv.

¹⁰⁸ Alinéa 2 de l'article 76 de l'ordonnance n° 95-07 du 25 janvier 1995 tel que modifié par l'article 20 de la loi n° 06-04 du 20 février 2006 précitée).

prévues par le Code de la famille comme l'ordonnait le législateur de 1995 (article 76 ancien). Ces règles ne se situent donc plus dans la logique des principes du Droit musulman qui ne donne pas une totale liberté à l'individu quant à la disposition de ses biens et de sa fortune pour après son décès. Elles sont même en contradiction avec les règles du *fiqh* qui considèrent comme nuls les contrats aléatoires¹⁰⁹ comme l'assurance-vie ou l'assurance-décès¹¹⁰.

Les libéralités entre époux ou en faveur de tiers.

La donation.

La donation est définie comme étant *le transfert à autrui de la propriété d'un bien à titre gratuit* (Article 202 du Code de la famille). La loi permet qu'elle puisse concerner tout ou partie des biens du donateur, meuble ou immeuble, même possédé en indivision (Article 208)¹¹¹ sous réserve d'observer les conditions requises pour la validité d'une telle opération (Alinéa 1^{er} de l'article 206). Il peut être

¹⁰⁹ L'alinéa 2 de l'article 57 du Code civil considère qu'un contrat est aléatoire (*‘aqd gharar*) lorsque l'équivalent consiste dans la chose de gain ou de perte pour chacune des parties d'après un événement incertain.

¹¹⁰ Pour un exposé des partisans et des adversaires du contrat d'assurance à travers l'histoire du Droit musulman, voir Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh, *Religion et Droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 507 et suiv. En Droit malékite, le contrat aléatoire est nul (Voir par exemple, Ibn Abi Zayd al-Qayrawâni, *La Risâla*, op. cit., p. 204).

¹¹¹ La donation d'un bien en indivision est permise en Droit musulman malékite. Par ailleurs et bien que la loi n'invoque pas l'hypothèse, il doit être admis que la donation puisse concerner un bien *in genere*, c'est-à-dire un bien encore inexistant et/ou qui sera acquis dans le futur (*hibat al-majhûl wa-l ma'dûm al-mutawaqqac' al-wujûd*) (Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 329).

exigé du donataire l'accomplissement d'une condition formulée par le donateur pour que la donation devienne définitive (Alinéa 2 de l'article 202). Conformément au Droit musulman, la donation est en principe irrévocable¹¹² sauf lorsqu'elle est faite par les père ou mère au profit de leurs enfants mais sous certaines conditions¹¹³. Le donateur doit être majeur (avoir au moins 19 ans), être en pleine possession de ses facultés mentales et ne pas être interdit (Article 203). La donation faite par une personne au moment où elle est atteinte de démence, d'imbécillité ou de prodigalité est nulle (Article 85 du Code de la famille).

Par ailleurs, l'acte de donation accompli par une personne se trouvant en situation dangereuse ou atteinte d'une maladie grave ou qui a provoqué sa mort est considéré comme un legs (Article 204) et donc soumis aux

¹¹² La donation faite dans un but d'utilité publique est irrévocable dans toutes les hypothèses (Article 212 du Code de la famille). Pour plus de développements sur l'irrévocabilité de la donation et des exceptions à ce principe, voir Mâyâ Daqayshiya, *Ahkâm al-rudjûc fi 'uqûd al-tabarruât*, Dâr Hûma, Alger, 2015, p. 131 et suiv.

¹¹³ Khalîl, *Mukhtasar*, op. cit., p. 206. Dans l'hypothèse d'une donation des père et mère à leurs enfants, la révocation (*i'tisâr*) n'est pas possible si elle a été faite en vue du mariage du donataire ou si elle lui a été faite pour lui permettre de garantir une ouverture de crédit ou de payer une dette ou encore si le donataire a disposé du bien donné par voie de vente, de libéralité, s'il a péri ou s'il lui a fait subir des transformations qui ont modifié sa nature (Article 211 du Code de la famille). Pour cette dernière hypothèse, voir Cour suprême, 21 septembre 2005, in *Nashrat al-qudât*, (Alger), n° 59, 2006, p. 180. Il y a lieu d'ajouter qu'en Droit musulman malékite, la mère jouit du droit de révocation sur sa donation si le père est encore en vie mais pas après son décès (Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, Tome II, p. 332).

dispositions prévues à cette dernière catégorie de libéralités¹¹⁴.

La donation peut toutefois être faite en faveur de toute personne sous réserve de son acceptation et de la prise de possession du bien donné à peine de nullité (Article 206 du Code de la famille). Elle peut être faite même en faveur d'un incapable puisque la loi ne prévoit aucune condition de capacité pour le destinataire d'une donation dans la mesure où elle l'enrichit. Ainsi un tuteur peut faire une donation à son pupille (Article 208). Elle peut aussi être faite en faveur d'un enfant recueilli dans le cadre de la *kafâla* (Article 123) auquel cas c'est le titulaire du droit de recueil légal (*kâfil*) qui assure l'administration des biens

¹¹⁴ Articles 184 à 201 du Code de la famille. Voir aussi Wahba al-Zahîlî, *al-Fiqh al-islâmî wa adillatuhu*, Dâr al-Fikr, Damas, 1^{ère} éd., 1984, tome V, p. 27 ; G. Benmelha, *Le droit patrimonial de la famille*, Op. cit., p. 264. La donation est considérée comme un legs (entraînant donc l'application des dispositions contenues dans le 1^{er} chapitre du Livre IV – articles 184 et suivants relatifs au testament– du Code de la famille) si elle est faite par une personne atteinte d'une maladie grave potentiellement mortelle ou ayant entraîné sa mort ou se trouvant en situation dangereuse (article 204 du Code de la famille qui reprend une ancienne jurisprudence de la Chambre de révision musulmane de la Cour d'appel d'Alger qui a préféré cette solution à l'annulation prévue par le Droit musulman classique. Arrêt du 11 juillet 1931, cité par Ghaouti Benmelha, *Le droit patrimonial de la famille*, Office des Publications Universitaires, Alger, 1995, p. 258). Ajoutons que cette disposition est déjà énoncée dans l'alinéa 1^{er} de l'article 776 du Code civil qui déclare que *tout acte juridique accompli par une personne pendant sa dernière maladie dans un but de libéralité est censé être une disposition testamentaire et doit être régi par les règles du testament, quelle que soit la dénomination donnée à cet acte* sauf si le bénéficiaire prouve que cet acte n'a pas été fait dans un but de libéralité (Alinéa 3). Il appartient aux héritiers de prouver par tous les moyens que l'acte juridique a été accompli par leur auteur pendant sa dernière maladie (Alinéa 2). Il en est de même pour la vente consentie par un malade dans la période aiguë de la maladie qui a entraîné sa mort à un de ses héritiers, et qui ne sera considérée comme valable que si elle est ratifiée par les autres héritiers (Alinéa 1^{er} de l'article 408 du Code civil).

acquis par cet enfant (*makfûl*) au mieux de l'intérêt de celui-ci (Article 122). La donation peut encore être faite au bénéfice d'un enfant simplement conçu, même si, dans cette dernière hypothèse, elle ne produit d'effet que s'il naît vivant et viable (Article 209). Dans tous les cas où une libéralité est faite à un moment où son bénéficiaire est encore mineur ou interdit, l'acceptation et la prise de possession de la donation doivent être opérées par le tuteur légal de l'incapable appelé alors à agir au mieux des intérêts de la personne qu'il représente (Alinéa 1^{er} de l'article 88 du Code de la famille).

Enfin, et conformément au Droit musulman¹¹⁵, il est permis à chacun des époux de faire une donation en faveur de l'autre (Article 208)¹¹⁶ tout comme il leur est possible de la faire en faveur de leurs enfants¹¹⁷ ou par l'un d'eux au bénéfice d'un tiers¹¹⁸. En Droit musulman, un enfant

¹¹⁵ Khalîl, *Mukhtasar*, op. cit., p. 205.

¹¹⁶ La donation entre époux est valable même sans prise de possession du conjoint donataire (Cour suprême, 19 février 1990, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, n° 4, 1991, p. 113). Il en est de même si le donateur est le tuteur du donataire ou si l'objet de la donation est indivis (Article 208 du Code de la famille). Ajoutons qu'il n'est pas interdit à l'épouse de faire volontairement don de sa dot (en totalité ou partiellement) à son mari.

¹¹⁷ On ne retrouve pas en droit positif les limitations recommandées, notamment en Droit musulman malékite, qui tout en permettant à toute personne capable de concéder des avantages à certains de ses enfants, interdit en principe de faire donation de la totalité de ses biens à l'un d'eux à l'exclusion des autres (Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 328). Toutefois une donation faite à un héritier potentiel avec la possibilité pour le donateur de continuer à en jouir jusqu'à son décès est assimilée à un testament et est donc nulle (Cour suprême, 5 mars 1990, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1992, n° 3, p. 57)

¹¹⁸ Bien que réprouvée, la donation de la totalité de ses biens à des tiers, à l'exclusion de ses propres enfants est permise en Droit musulman (Ibn Rushd, *Bidayat al-mujtahid...*, op. cit., p. 328).

peut faire une donation à ses père et/ou mère et recevoir ce bien après leur décès en tant qu'héritier¹¹⁹. Une telle disposition n'est pas applicable en droit positif puisque *les actes de toute personne n'ayant pas atteint l'âge de discernement*¹²⁰ à cause de son jeune âge sont nuls (Article 82 du Code de la famille). Cette règle vient confirmer le principe posé par l'alinéa 1^{er} de l'article 42 du Code civil selon lequel *la personne dépourvue de discernement à cause de son jeune âge...n'a pas la capacité d'exercer ses droits civils* d'autant qu'une donation n'étant pas, par définition, profitable à son auteur, est considérée comme lui étant préjudiciable et par voie de conséquence nulle (Article 83 du Code de la famille). Mais lorsque l'enfant a atteint l'âge de discernement, et conformément aux dispositions de l'article 42 du Code civil, le juge peut l'autoriser à disposer tout ou partie de ses biens à la demande de toute personne y ayant intérêt, tout en pouvant revenir sur sa décision s'il en admet le bienfondé (Article 84 du Code de la famille)¹²¹.

¹¹⁹ Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 333). On lit néanmoins dans les *fatwa* compilées par al-Wansharisî (né à Tlemcen en 1430 et mort à Fès en 1508) que le principe est que *la donation faite par l'enfant (sabî) n'est pas valable quelle que soit la nature du bien donné* (Ahmad ben Yahyâ al-Wansharîsî, *al-Mi'yâr al-mu'rib*, Dâr al-Gharb al-Islâmî, Beyrouth, 1981, Tome IX, p. 183).

¹²⁰ L'âge de discernement est fixé à treize ans (Alinéa 2 de l'article 42 du Code civil).

¹²¹ Il y a lieu de noter également que l'enfant n'est pas légalement autorisé à constituer un bien *waqf* qu'il soit capable de discernement ou non et ce, même avec l'aval de son tuteur. Le *waqf* ainsi constitué est frappée d'une nullité absolue (Article 30 de la loi n° 91-11 du 27 avril 1991 relative aux biens *wakfs*, modifiée et complétée par la loi n° 2001-07 du 22 mai 2001 et la loi n° 2002-10 du 14 décembre 2002 in *Journaux officiels* n° 21 du 8 mai 1991, p. 573 ; n° 29 du 23

Entre conjoints la libéralité reste valable même dans l'hypothèse où son auteur déclare qu'elle peut être révoquée si l'époux bénéficiaire vient à décéder avant lui¹²² alors qu'en principe la donation est irrévocable et définitive¹²³.

En outre, et dans la mesure où la loi permet aujourd'hui aux époux de conclure un contrat de mariage relativement aux biens communs acquis durant la vie conjugale, toute libéralité faite par l'un d'eux doit tenir compte des dispositions contenues dans cette convention conclue en application de l'alinéa 2 de l'article 37 du Code de la famille. Notons que lorsque le mari est polygame, la jurisprudence admet qu'il peut faire donation d'une maison lui appartenant à l'une de ses épouses même si cette demeure est occupée par une de ses autres femmes

mai 2001, p. 6 et n°83 du 15 décembre 2002, p. 3). Rappelons que *le wakf* (rapproché de la donation selon l'alinéa 1^{er} de l'article 4 de la loi précitée) *est l'acte par lequel est rendue impossible l'appropriation d'un bien en son essence, pour toute personne, de façon perpétuelle, pour en attribuer l'usufruit aux nécessiteux ou à des œuvres de bienfaisance* (Article 2 de la loi précitée).

¹²² Cour suprême, 12 octobre 2005, in *Madjallat al-Mahkama al-^culiyâ*, Alger, n° 2, 2005, p. 403. Dans ce cas d'espèce, la Cour a statué en tenant compte de la volonté exprimée par le donateur. La Haute juridiction a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler qu'il n'est pas dans les compétences du juge de s'immiscer dans la volonté de l'auteur d'une quelconque libéralité entre vifs quant à son choix du bénéficiaire ou quant au fait que la libéralité a pour effet d'empêcher un ou plusieurs de ses héritiers légaux de recevoir leur part dans la succession future de son auteur (Cour suprême, 14 mars 1988, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, n° 1, 1991, p. 39) car, déclarent les juges de la Cour suprême, ces derniers n'ont aucun droit sur les biens de celui-ci tant qu'il est en vie (Cour suprême, 14 avril 1982, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, n° 4, 1989, p.55).

¹²³ Cour suprême, 16 septembre 2010, in *Madjallat al-Mahkama al-^culiyâ*, Alger, n° 2, 2010, p. 281.

qui peut alors en être renvoyée bien qu'elle y vive avec ses enfants¹²⁴.

Par ailleurs, à la suite de l'abrogation de l'article 38 du Code de la famille¹²⁵ qui énonçait dans son alinéa 3 que *la femme a le droit disposer de ses biens en toute liberté*, quelques auteurs se sont interrogé sur l'éventuelle intention du législateur de réintroduire implicitement la règle du droit malékite dans le droit positif¹²⁶ qui, rappelons-le, conditionne la validité des libéralités faites par la femme mariée à un tiers à l'autorisation de son mari¹²⁷ si sa donation est supérieure au tiers de ses biens propres¹²⁸. Cette interrogation est d'autant plus pertinente qu'historiquement la jurisprudence des tribunaux en

¹²⁴ Cour suprême, 28 mars 2001, in *Nashrat al-Qudât*, Alger, n° 57, 2006, p. 213.

¹²⁵ Article 18 de l'ordonnance du 27 février 2005 modifiant et complétant la loi du 9 juin 1984 portant Code de la famille.

¹²⁶ C'est le sentiment que l'on a quelque peu à la lecture des développements sur cette question dans l'ouvrage de Larbi Belhadj, *Ahkâm al-zawdjîyya wa âthâruhâ fî qânûn al-usra al-djazâ'irî*, Dâr Hûma, Alger, 2013, p. 547 et suiv. Cet auteur, après avoir noté que la loi actuelle ne reprend pas la règle *formellement* (précise-t-il) du tiers posée par le Droit musulman (p. 548), semble être par ailleurs favorable à l'application de cette disposition du *fiqh* malékite qui découlerait implicitement, selon lui, de diverses dispositions du Code de la famille (en citant les articles 14, 36, 37, 72, 78, 87, 185 –ce dernier relatif au testament !- et 222).

¹²⁷ Les juristes musulmans sont divisés sur le sort d'une libéralité faite sans l'autorisation maritale. Pour les uns, il y a lieu de la maintenir mais en opérant une réduction au tiers tandis que pour d'autres l'acte doit être totalement annulé. Ajoutons que lorsqu'une donation est faite, l'épouse ne peut répéter l'opération qu'après un an passé suivant la précédente (Louis Milliot et François-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du Droit musulman*, 2^{ème} éd., Sirey, Paris, 1987, p. 340).

¹²⁸ Rappelons qu'on retrouve cette limite au tiers pour toutes les hypothèses où la donation est faite à un moment où son auteur (homme ou femme) est en danger de mort (dernière maladie notamment) et plus particulièrement pour la femme lorsqu'elle est près du terme d'une grossesse (Voir Muhammad Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 327 ; Ibn Djuzzay (mort en 1322), *al-Qawânîn al-fiqhiyya*, (sans date ni lieu d'édition), p. 277).

Algérie a toujours appliqué cette règle durant la période coloniale¹²⁹. Mais depuis la promulgation du Code de la famille en 1984 il en est autrement et la loi actuelle apporte une réponse claire à cette question.

En effet, les textes fixant les conditions exigées du donateur ne prévoient pas d'exception pour la femme mariée. Il a été noté plus haut que l'article 203 du Code de la famille commande seulement que *le donateur doit être en pleine possession de ses facultés mentales, âgé d'au moins dix-neuf ans et non interdit*. Il n'y a donc aucune discrimination légale vis-à-vis de la femme mariée en cette matière. De plus l'alinéa 1^{er} de l'article 205 de ce même Code précise que *la donation peut porter sur tout ou partie des biens du donateur*. Il n'y a donc aucune limitation sur la quotepart des biens qui peut ainsi être donnée par la femme mariée. La Cour suprême a eu l'occasion de rappeler que le juge, en s'immiscant dans la volonté du donateur, outrepassa ses compétences¹³⁰ tout en confirmant le principe de la liberté de disposer de ses biens personnels par la voie de la donation sans d'ailleurs faire d'exception pour la femme mariée¹³¹.

Notons enfin que du point de vue du Droit international privé, c'est la loi nationale du donneur au moment de la donation qui est applicable (alinéa 2 de l'article 16 du

¹²⁹ Eugène Clavel, in *Droit musulman. Du statut personnel et des successions*, L. Larose éditeur, Paris, 1895, Tome 2, p. 113.

¹³⁰ Cour suprême, 14 mars 1988, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, n° 1, 1991, p. 39.

¹³¹ Cour suprême, 15 juillet 2010, in *Madjallat al-Mahkama al-c'uliyâ*, Alger, n° 2, 2010, p. 272

Code civil)¹³² tout en tenant compte du droit en vigueur dans le lieu de situation du bien objet de la donation et de l'ordre public national¹³³.

Le testament.

Le testament¹³⁴ est régi par les articles contenus dans le Premier chapitre du Livre quatrième du Code de la famille. Il est défini comme étant *l'acte par lequel une personne transfère un bien à titre gratuit pour après son décès* (Article 184)¹³⁵. Le testateur doit être âgé de dix neuf ans au moins et en pleine possession de ses facultés mentales (Article 186)¹³⁶. Le legs peut porter sur un usufruit¹³⁷ ou tout bien possédé ou susceptible d'être possédé avant le décès du testateur (Article 190) sans pouvoir aller au-delà du tiers du patrimoine sauf consentement des héritiers (Article 185) du testateur¹³⁸ qui

¹³² Pour ce qui est des aspects formels de l'acte juridique, c'est la loi du lieu où il est accompli qui est applicable (alinéa 1^{er} de l'article 19 du Code civil).

¹³³ M. Habbâr, *al-Qânûn al-dawlî al-khâss* (Droit international privé), al-Rûâ, Alger, 2013, p. 146.

¹³⁴ L'article 775 du Code civil renvoie, en matière de testament, en tant que mode d'acquisition de la propriété, au Code de la famille.

¹³⁵ La traduction officielle en français de cet article est : *Le testament est l'acte par lequel une personne transfère (sic) un bien à titre gratuit pour le temps où elle n'existera plus.*

¹³⁶ Selon le Droit musulman malékite, le legs consenti par le prodigue (*safîh*) et par le mineur qui a notion de l'acte de piété est valable (al-Wansharîsî, *al-Mî'yâr...*, op. cit., Tome IX, 247). La doctrine hanéfite est d'un avis contraire lorsqu'il s'agit d'un legs fait par le mineur impubère (Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 334).

¹³⁷ Dans cette hypothèse, le legs portant usufruit peut être limité dans le temps. S'il est établi pour une durée indéterminée, il est réputé viager et cesse au décès du légataire (Article 196).

¹³⁸ La question se pose de savoir si le testateur qui ne laisse pas d'héritiers peut disposer de plus du tiers de ses biens. Le Droit musulman malékite ne le permet

ne peuvent d'ailleurs bénéficier d'un legs fait par lui en leur faveur qu'après consentement des cohéritiers (Article 189)¹³⁹. Cette dernière disposition reprend la règle du Droit musulman classique¹⁴⁰.

Par ailleurs et selon l'article 192, le testament est révocable par la volonté de son auteur soit expressément par une déclaration faite dans les mêmes formes que celles suivies pour son établissement, soit tacitement à la suite de toute démarche permettant de déduire l'intention de le révoquer¹⁴¹ à l'exception de la mise en gage (*rahn*) de l'objet légué (Article 193 du Code de la famille) sans que la loi ne distingue d'ailleurs entre l'hypothèque (*al-rahn al-rasmî*) (régie par les articles 882 et suivants du Code civil) et le nantissement (*al-rahn al-hiyâzî*) (régé par les articles 948 et suivants du Code civil)¹⁴².

L'article 191 fixe les conditions de validité du testament (acte notarié ou jugement visé en marge de l'acte original de propriété en cas de force majeure)¹⁴³. Par ailleurs est

pas alors que l'école hanéfite est d'un avis contraire (Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 336).

¹³⁹ En ce sens, Cour suprême, 24 novembre 1992, in *al-Ijtihâd al-qadâ'î*, Alger, 2001, n° spécial, p. 292.

¹⁴⁰ Cette règle est posée par une Tradition prophétique (*hadîth*) : *lâ wasiyata li-wârithin* (*Pas de testament en faveur d'un héritier*) dont l'application a été relativisée par la possibilité offerte aux cohéritiers de s'accorder pour y déroger (Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 328).

¹⁴¹ En ce sens, voir *Cour suprême*, 24 janvier 1990, in *al-Madjalla al-qadâ-îyya*, Alger, 1991, n° 4, p. 85.

¹⁴² Pour plus de développements sur ces questions, voir Mâyâ Daqayshiya, *Ahkâm al-rudjû' fi 'uqûd al-tabarru'ât*, op. cit., p. 31 et suiv. et 60 et suiv.

¹⁴³ Le juge peut apposer son visa en marge du titre de propriété du bien légué en cas de force majeure en s'appuyant sur une déclaration écrite signée par le déclarant avant son décès ou les déclarations de personnes témoignant de l'existence d'un testament fait par le *de cuius* (Benchouikh al-Rachid, *al-Wasiyya*

considérée comme une disposition testamentaire et régie comme telle tout acte fait par une personne au profit d'un de ses héritiers tout en se réservant, d'une manière quelconque, la possession et la jouissance de la chose objet de cette aliénation pour la durée de sa vie (Article 777 du Code civil)¹⁴⁴.

D'autre part, la loi prive l'auteur d'un homicide volontaire sur la personne du testateur de bénéficiaire du legs qui lui était destiné (Article 188). Enfin si le légataire renonce au legs ou s'il vient à décéder avant le testateur, le testament devient caduc (Article 201).

Nonobstant les réserves légales plus haut rappelées à l'égard des héritiers du testateur et des conditions de validité, le testament peut être fait librement à toute personne. Ainsi un mari peut valablement léguer à son ex épouse une partie de ses biens (le tiers disponible) sans que ses propres héritiers puissent s'y opposer¹⁴⁵. Mais, sauf nullité établie du mariage ou divorce prononcé par jugement, les époux valablement mariés qui ont une vocation successorale réciproque (Article 130), ne peuvent

wa-l mirâth fi qânûn al-usra al-djazâ'irî..., op. cit., p. 10). Avant l'adoption du Code de la famille en 1984, la Cour suprême, en s'appuyant sur les règles du Droit musulman, avait admis que le contenu des dispositions d'un testament pouvait être prouvé par tout moyen (*Cour suprême*, 30 avril 1969, in *Nashrat al-qudât*, Alger, Oct.-Déc. 1970, p. 45). Aujourd'hui il en est autrement puisque l'article 191 du Code de la famille impose un formalisme précis (Voir *Cour suprême*, 23 décembre 1997, in *al-Ijtihâd al-qadâ'î*, Alger, 2001, numéro spécial, p. 295), sauf cas de force majeure (*Cour suprême*, 16 janvier 2008, in *Madjallat al-Mahkama al-'uliyâ*, Alger, n° 2, p. 303).

¹⁴⁴ Cour suprême, 5 mars 1990, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1992, n° 3, p. 57.

¹⁴⁵ Cour suprême, 24 février 1991, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1993, n° 2, p. 62.

pas faire de testament entre eux en dehors du cadre légal prévu par le Code de la famille. Selon la Cour suprême, ce principe est d'ordre public et donc applicable même pour un testament volontairement établi sous l'empire du Droit français (en vertu du droit d'option de législation¹⁴⁶) dès lors que le testateur est un Algérien musulman et ce, même si dernier est décédé avant l'indépendance de l'Algérie¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Sous l'empire du droit colonial, l'option de législation était déjà prévue par un Décret du 31 décembre 1859 (Voir Claude Bontems, *Manuel des Institutions Algériennes de la domination turque à l'indépendance*, Tome I. *La domination turque et le régime militaire 1518-1870*, Cujas, Paris, 1976, p. 391 et suiv.). Cette disposition est reprise par une Ordonnance du 23 novembre 1944 relative à l'organisation de la Justice musulmane en Algérie. Ces textes permettaient aux Algériens d'opter pour l'application de la loi française lors de l'établissement de tout acte y compris ceux relevant du Statut personnel, ce qui avait pour conséquence de soumettre ce dernier aux conditions de fond et de forme énoncées par la loi française et en faire appliquer les effets. Le recours au droit français avait lieu notamment en matière d'adoption (interdite en droit musulman) et pour l'établissement des testaments afin de contourner l'interdiction d'en faire bénéficier un héritier et avoir la possibilité de dépasser la limite du tiers disponible (Articles 3 et 4 de l'Ordonnance précitée). Pour un exemple d'application de ce droit d'option durant la période coloniale, voir Tribunal civil de Bône (Annaba), 24 décembre 1957, et l'intéressante note de Camille Kehl, in *Revue algérienne tunisienne et marocaine de législation et de jurisprudence* (Faculté de Droit d'Alger), 1958 ; n° 3, p. 74).

¹⁴⁷ Avant même l'adoption du Code civil et du Code de la famille et malgré la loi du 31 décembre 1962 reconduisant la législation en vigueur à cette date, la Cour suprême avait posé cette règle (Cour suprême, 1^{er} décembre 1971, in *Nashrat al-Qudât*, Alger, 1972, n° 2, p. 100) confirmée à nouveau (après l'adoption du Code civil et du Code de la famille) à l'occasion d'une autre décision rendue dans une affaire similaire (Cour suprême, 17 octobre 1990, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1991, n° 2, p. 79). Pour cette dernière décision, voir la note de al-Tayeb Zerroufi, in *Ijtihâd al-qadâ' al-Djazâ'iri fî maydân al-qânûn al-dawlî al-khâss mu'allagan 'aluyhi* (La jurisprudence algérienne commentée en matière de Droit internationale privé), Dâr Hûma, Alger, 2^{ème} éd., 2016, p. 63.

Un testament peut également être fait sans tenir compte de l'appartenance religieuse (Article 200)¹⁴⁸ tout comme il peut l'être aussi au profit d'un enfant simplement conçu mais ne produit d'effet, dans cette hypothèse, que si l'enfant naît vivant et viable (Article 187)¹⁴⁹. Le testament peut également être fait en faveur des petits-enfants par un de leur grand parent du vivant de leur père lui-même héritier potentiel de ce grand parent¹⁵⁰. Par contre, les petit fils et les petites filles ne peuvent prétendre bénéficier à la fois d'un legs ou d'une donation et venir à la succession du testateur ou du donateur à son décès (Article 171 du Code de la famille)¹⁵¹. L'enfant recueilli dans le cadre de la *kafâla* peut également bénéficier d'un legs par voie testamentaire dans les limites du tiers disponible ou plus si les héritiers du testateur sont consentants (Article 123 du Code de la famille)¹⁵².

Du point de vue du Droit international privé, les testaments et autres dispositions à cause de mort sont régis par la loi nationale du testateur (Alinéa 1^{er} de l'article 16

¹⁴⁸ Cette disposition peut permettre à un époux musulman de léguer à sa conjointe non musulmane une partie de ses biens (le tiers) pour compenser l'incapacité de cette dernière à lui succéder en raison de la disparité de culte (Voir *infra* sur les successions).

¹⁴⁹ Cet article 187 du Code de la famille ajoute qu'en cas de naissance de jumeaux, le legs est partagé à part égale sans tenir compte du sexe de chacun des enfants.

¹⁵⁰ Cour suprême, 29 juillet 1997, in *al-Ijtihâd al-qadâ'i*, Alger, 2001, numéro spécial, p. 298.

¹⁵¹ Cour suprême, 14 février 2005, in *Madjallat al-Mahkama al-^culiyâ*, Alger, 2005, n 2, p. 387.

¹⁵² Cour suprême, 12 mai 2011, in *Madjallat al-Mahkama al-^culiyâ*, Alger, 2011, n° 2, p. 283.

du Code civil) sauf si ces derniers sont résidents en Algérie (Article 221 du Code de la famille).

Le droit successoral¹⁵³.

Le Livre III du Code de la famille est entièrement consacré aux successions (Articles 126 à 183). En cette matière, les principales règles sont énoncées par le Coran (notamment la Sourate « Les Femmes »), raison essentielle de leur immutabilité¹⁵⁴ et qui explique les oppositions faites aux rares tentatives de réformes suggérées dans certains pays aux fins de modifier certaines dispositions considérées comme inégalitaires entre certains héritiers en fonction de leur sexe.

En droit algérien, le système successoral repose sur la distinction, au demeurant classique, entre les héritiers à part fixe (*ashâb al fardh*) ou héritiers « réservataires »¹⁵⁵,

¹⁵³ Pour une histoire du droit successoral en Islam, voir Frédéric Peltier et G.- H. Bousquet, *Les successions agnatiques mitigées*, Paul Geuthner, Paris, 1935, notamment p. 83 et suiv. ; Pour une présentation des règles du Droit musulman en matière successoriale, voir Bernard Durand, *Droit musulman. Droit successoral*, Litec, Paris, 1991.

¹⁵⁴ Il faut néanmoins noter que les écoles doctrinales (*madhâhib*) sunnites (malékite, hanéfite, shaféite et hanbalite) et surtout shi'ite (dja'farite) proposent des solutions différenciées aux questions relatives aux modalités de la dévolution successorale, à la détermination des héritiers ainsi qu'à la représentation, bien que le système successoral de base soit unique (Ibrahim Najjar, *Formation et évolution des droits successoraux au Proche-Orient*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, Paris, Vol. XXXI, n° 4, p. 811).

¹⁵⁵ La traduction des termes *ashâb fardh* par « héritiers réservataires » n'est pas juridiquement correcte parce qu'il n'est pas interdit au *de cuius* de léguer tous ses biens par donation avant son décès à une ou plusieurs personnes de son choix (Article 205 du Code de la famille) et priver ainsi ses héritiers de recevoir leurs parts respectives dans la succession ou de ne recevoir que ce qu'il reste des biens qu'il n'a pas donné. La réserve héréditaire ne s'impose seulement que lorsque la

les héritiers universels (*asaba*) et les *dhawi al-arhâm* (héritiers par parenté utérine ou cognats) (Article 139 du Code de la famille).

Comme en Droit musulman, l'opération successorale en droit positif algérien est avant tout une liquidation et l'héritier n'apparaît en tant que successeur aux biens qu'après l'exécution de cette opération¹⁵⁶. Théoriquement, ce dernier n'est donc pas considéré comme un continuateur de la personne du *de cuius*¹⁵⁷. Si après les opérations de liquidation, il ne reste rien des biens du défunt, l'héritier potentiel n'héritera rien mais ne sera pas tenu des dettes éventuellement contractées par le défunt et qu'il n'a pas été possible de rembourser. Ajoutons que si l'héritier n'est pas exclu de la succession pour une raison légale, il peut valablement y renoncer en se retirant volontairement de toute l'opération successorale après accord avec les cohéritiers et moyennant une compensation (*takhârudj*)¹⁵⁸. Une telle transaction n'est

personne veut léguer ses biens par voie testamentaire (Alinéa 1^{er} de l'article 185 du Code de la famille).

¹⁵⁶ L'article 180 du Code de la famille précise que sont prélevés de la succession (*tarika*) (avant tout partage) les frais de funérailles et d'inhumation, le paiement des dettes prouvées du défunt et l'attribution de legs valablement établis par testament (*wasiya*).

¹⁵⁷ En droit musulman, le partage successoral entre les héritiers ne se réalise qu'après la liquidation du passif de la succession. La notion de *succession sous bénéfice d'inventaire* n'a donc pas de sens.

¹⁵⁸ Wahba al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-islâmî wa adillatuhu*, Dâr al-Fikr, Damas, 1^{ère} éd., 1984, Tome VIII, p. 440. En reprenant ce qu'avait déjà écrit Louis Milliot dans son *Introduction à l'étude du Droit musulman* (Sirey, Paris, 1953, p. 449), François-Paul Blanc semble lui aussi se méprendre sur la nature de l'opération de *takhârudj* (et non *takharrudj* comme écrit dans l'ouvrage précité) lorsqu'ils déclarent qu'*il s'agit de l'acte par lequel un héritier cède ses droits héréditaires à un autre* (Voir Louis Milliot et François-Paul Blanc, *Introduction à l'étude du*

pas interdite en droit algérien dès l'instant où elle ne constitue pas une convention sur la succession d'une personne encore vivante (Alinéa 2 de l'article 92 et article 108 du Code civil).

En nous limitant aux règles successorales intéressant les époux, le principe de la vocation successorale réciproque est posé par l'article 126 du Code de la famille. L'homme et sa femme sont considérés comme des héritiers « réservataires » (*ashâb fardh*) au sens que la quote part de chacun d'eux est fixée par la loi bien que variable selon qu'il y a présence ou non de descendants. Notons que le conjoint survivant a vocation à hériter une part sur les biens laissés par l'époux décédé même dans l'hypothèse d'un mariage non consommé (Article 130)¹⁵⁹. Mais si les deux époux décèdent en même temps sans qu'il soit possible de déterminer la chronologie de la mort de chacun d'eux, aucun conjoint n'hériterait de l'autre, que le décès soit survenu dans un même accident ou non (Article 129 du Code de la famille).

Ainsi le mari hérite de la moitié des biens de son épouse si elle décède sans laisser d'enfants (Alinéa 1^{er} de l'article 144 du Code de la famille) et seulement du quart dans le

Droit musulman, Sirey, 2^{ème} éd., Paris, 1987, p. 480) sans ajouter et préciser qu'il s'agit d'un acte fait entre un héritier et un ou plusieurs autres cohéritiers **contre compensation** (*mu'âwada*). Les juristes musulmans font appliquer d'ailleurs à cette opération les règles de la vente (*bay'*) et admettent, dans certaines hypothèses, que la compensation soit même supérieure en valeur à la part d'héritage cédée (W. al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-islâmî...*, op. cit., Tome V, p. 325 ; Larbi Belhadj, *Ahkâm al-mawârith*, Office des Publications Universitaires (OPU), Alger, 3^{ème} éd., 200, p. 273).

¹⁵⁹ Rappelons qu'après le décès du mari, la veuve n'est pas obligée de quitter le domicile conjugal (Article 61 du Code de la famille).

cas contraire (Alinéa 1^{er} de l'article 145). L'épouse a droit au quart des biens de son mari s'il décède sans descendance (Alinéa 2 de l'article 145) et seulement au huitième dans le cas contraire (Article 146)¹⁶⁰. Telle sont les règles applicables en matière successorale entre époux tant que la nullité du mariage n'a pas été dûment établie (Article 131) ou le divorce prononcé ou validé¹⁶¹ par jugement rendu conformément à la loi¹⁶². Il y a une exception à cette règle. C'est celle du mariage conclu alors que l'un des deux époux est atteint d'une maladie dont il mourra¹⁶³. Cette union, bien que légale, ne donne pas droit au conjoint survivant d'hériter la part qui devrait être la sienne dans la succession du *de cuius*¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Il faut ajouter que si le défunt était retraité, une pension de réversion est versée aux ayants-droits (conjoint survivant, enfants et ascendants à charge. (Articles 30 et suivants de la loi n° 83-12 du 2 juillet 1983 relative à la retraite). En cas de remariage du conjoint survivant, la pension lui est supprimée et transférée aux enfants dont la garde a été confiée à des tiers (Article 40 de la loi relative à la retraite). Si le défunt bénéficiait d'une pension d'invalidité, l'époux survivant, les enfants et les ascendants qui étaient à sa charge bénéficient d'une pension d'invalidité de réversion. Il en est de même pour l'allocation-décès versée aux mêmes ayants-droits (Articles 40, 49 et 51 de la loi n° 83-11 du 2 juillet 1983 relative aux assurances sociales).

¹⁶¹ La jurisprudence admet sous certaines conditions la reconnaissance du divorce coutumier (Cour suprême, 16 février 1999, *al-Ijtihâd al-qadâ'i*, Alger, 2001, numéro spécial, p. 100) ce qui permet à l'épouse dans ce cas d'avoir les droits qui sont les siens notamment dans leurs aspects matériels (Cour suprême, 25 septembre 2002, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2003, n° 1, p. 375).

¹⁶² Article 49 du Code de la famille et articles 427 et suivants du Code de procédure civile et administrative.

¹⁶³ En droit musulman, la maladie constitue un empêchement au mariage. En droit algérien, un tel mariage est valable dès l'instant où les conditions légales de sa constitution sont réunies (Articles 9 et 9bis notamment). Voir Cour suprême, 23 février 1993, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1996, n° 2, p. 69.

¹⁶⁴ Cour suprême, 21 décembre 1993, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1996, n° 2, p. 73 ; 23 mai 2001, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, 2002, n° 1, p. 305.

Le droit à la succession d'un conjoint cesse en cas de divorce. Néanmoins, si au cours de l'instance en divorce l'un des deux époux décède, alors que le jugement n'a pas encore été prononcé, le conjoint survivant conserve son droit à la succession du défunt¹⁶⁵ tout comme ce droit est maintenu *pendant la période de retraite légale suivant le divorce* (Article 132 du Code de la famille)¹⁶⁶. Cette disposition peut être d'ailleurs source de difficulté parce qu'il n'est pas précisé à partir de quelle date court cette *'idda*. En effet, la question est de savoir à partir de quand commence le décompte de cette retraite de continence. Est-ce à la date d'introduction d'instance en divorce ou à partir de la date du prononcé du jugement ou encore à partir de la date de sa transcription à l'état civil. Il semble que la solution de bon sens est de considérer le mariage dissout à la date du prononcé du jugement avec tous les effets de droit consécutifs à cette décision.

¹⁶⁵ Cour suprême, 10 novembre 2011, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2012, n° 2, p. 238 ; 11 avril 2013, in *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2013, n° 2, p. 280. Lorsque le décès de l'un des époux survient en cours d'instance, l'action est éteinte *ipso facto* et les héritiers du conjoint décédé n'ont aucune qualité pour reprendre à leur compte la procédure. Il en est autrement lorsqu'il s'agit d'une instance initiée par l'un des époux en vue de faire reconnaître une dissolution déjà prononcée en la forme coutumière (*talâq 'urfî*) et que le décès survient. Dans cette hypothèse, les héritiers du défunt (ou même le conjoint survivant) peuvent poursuivre une instance considérée comme seulement interrompue.

¹⁶⁶ Cette retraite de continence légale (*'idda*) est de trois *aqrà'* ou *qurû'* (période de pureté inter-menstruelle) pour la divorcée (Article 58 du Code de la famille) sauf si la dissolution de l'union par divorce a eu lieu avant sa consommation (*Cour suprême*, 18 juin 1996, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1997, n° 2, p. 93). Cette retraite est de quatre mois et dix jours pour la veuve (Article 59), même si le mariage n'a pas été consommé.

L'autre fondement de la vocation successorale est la parenté (*qarâba*) (Article 126 du Code de la famille)¹⁶⁷. L'application de cette règle est conditionnée par le fait d'être vivant¹⁶⁸ ou tout au moins être conçu au moment de l'ouverture de la succession¹⁶⁹ et d'être uni au *de cuius* par un lien qui confère la qualité de successible. Il ne faut pas dans le même temps être frappé d'une incapacité de succéder (Article 128)¹⁷⁰.

De par son affiliation au Droit musulman, le droit successoral prend en considération l'appartenance confessionnelle des personnes concernées par un héritage. C'est notamment le cas lorsqu'il y a disparité de culte entre les époux (le mari est musulman et son épouse professant une autre religion¹⁷¹) ou parfois entre membres d'une même famille. Dans l'hypothèse de conjoints professant des fois différentes, il s'est posé la question de savoir s'il y a ou non une vocation héréditaire réciproque au décès de l'un ou de l'autre des époux. En Droit

¹⁶⁷ Sur la parenté voir les articles 32, 33, 34 et 35 du Code civil.

¹⁶⁸ Est réputé vivant l'héritier en état d'absence qui n'est pas déclaré juridiquement décédé (Article 133 du Code de la famille). Sur le disparu et l'absent, voir les articles 109 et suivants du Code de la famille.

¹⁶⁹ L'enfant simplement conçu n'a vocation héréditaire que s'il naît vivant et viable (il suffit qu'il vagisse ou donne un signe apparent de vie) au moment où s'ouvre la succession (Article 134 du Code de la famille). Les articles 173 et 174 de ce même Code précisent les modalités à suivre lorsqu'une succession s'ouvre alors qu'un enfant ayant vocation à en recevoir une part est encore en gestation.

¹⁷⁰ Les articles 135 et 138 du Code de la famille énumèrent les cas entraînant l'exclusion de la succession.

¹⁷¹ La situation inverse ne se pose pas en théorie parce qu'il n'est pas permis à la femme musulmane de contracter un mariage avec un non musulman (alinéa 5 de l'article 30 du Code de la famille).

musulman classique le principe est qu'il n'y a pas de vocation héréditaire réciproque dans ce cas de figure¹⁷².

La loi algérienne ne cite pas la disparité de culte comme une des causes d'incapacité de succéder (Article 135 du Code de la famille) et la référence à l'apostasie (Article 138) n'est en principe pas opportune dans l'hypothèse du mariage dispar car n'est considérée comme apostat que la personne, originellement musulmane, qui embrasse volontairement et expressément une autre religion et refuse de se rétracter¹⁷³. D'un autre point de vue, on ne peut ignorer que souvent la disparité de culte entre époux implique aussi une union conjugale entre deux personnes ayant des nationalités différentes et parfois pour l'un d'eux (ou même les deux) une double nationalité. Le problème de la succession entre époux professant des fois religieuses différentes peut donc se poser également par rapport aux règles du Droit international privé.

¹⁷² Ibn Rushd, *Bidâyat al-mujtahid...*, op. cit., Tome II, p. 352. Rappelons que les tribunaux français en Algérie ont toujours appliqué la règle selon laquelle la succession laissée par un Musulman à son décès devait être régie par le Droit musulman et que donc seuls des héritiers musulmans y avaient droit (Cour d'Alger, 26 décembre 1854 qui refuse à deux sœurs israélites de succéder à leur frère converti à l'Islam, cité par Sautayra et Cherbonneau, *Droit musulman. Du statut personnel et des successions*, Tome II. *Des successions*, p. 112). La règle est confirmée par un décret (français) du 17 avril 1889 à la condition que le *de cuius* n'ait pas été admis auparavant à la jouissance des droits de citoyen français (Article 1^{er} dudit décret). Le principe de l'incapacité du non musulman d'hériter du musulman avait même été admis par la Cour de cassation française à cette époque (Ch. Req. 22 mai 1905, Succession Gaspard Devès c. Succession Yakhia Diague, note Marcel Morand, in *Revue algérienne et tunisienne de législation et de jurisprudence*, Alger, 1907, p. 180).

¹⁷³ Pour une définition de l'apostasie et de l'apostat du point de vue du Droit musulman, voir Wahba al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-islâmî wa adillatuhu*, Dâr al-fikr, Damas, 1^{ère} éd., 1984, Tome VI, p. 184.

L'examen de la jurisprudence de la Cour suprême montre que le critère dont il faut tenir compte est celui de l'appartenance religieuse et non celui de la nationalité (celle-ci n'est d'ailleurs pas déterminante pour considérer l'intéressé comme un apostat)¹⁷⁴. La décision de la Haute Cour s'appuie donc sur une règle du *fiqh* sans tenir compte du droit positif qui dispose qu'en cette matière c'est la loi nationale du *de cuius* au moment du décès qui est applicable (Alinéa 1^{er} de l'article 16 du Code civil). Cette solution n'a pas manqué de soulever la critique de la doctrine¹⁷⁵.

Mais la confusion apparaît d'autant plus grande que de son côté, le Haut Conseil Islamique, saisi sur une question de succession posée par un Algérien musulman à la suite du décès de son épouse de nationalité française convertie officieusement à l'Islam (selon la déclaration du consultant), rend une *fatwâ* permettant à ce dernier d'hériter de la défunte en vertu du lien matrimonial l'unissant avec une musulmane mais, ajoutent les auteurs de cette *responsa*, la vocation du mari à succéder à sa femme est maintenue même si celle-ci ne s'est pas réellement converti à l'Islam et ce, conformément à une

¹⁷⁴ Cour suprême, 9 juillet 1984, *al-Madjalla al Qadâ'iyya*, Alger, 1989, n°3, p. 60.

¹⁷⁵ Du point de vue du Droit international privé algérien, les successions sont régies par la loi nationale du *de cuius* au moment du décès (Alinéa 1^{er} de l'article 16 du Code civil). El-Tayeb Zerrouiti, *Les conséquences de la différence de religion ou de nationalité dans le mariage mixte. Commentaire d'une consultation juridique du Conseil islamique Supérieur*, in *Revue algérienne des sciences juridiques politiques et économiques*, Alger, 1993, n° 4, p. 855 ; Mohammed Habbâr, *al-Qânûn al-dawlî al-khâss* (Droit international privé), al-Rûâ, Alger, 2013, p. 141 et suiv.

solution ancienne (remontant au VII^{ème} siècle et bien que parfois critiquée)¹⁷⁶. Cette *fatwâ* rendue pour un cas particulier et donc insusceptible de revêtir le caractère de règle générale a néanmoins été curieusement transmise au Ministère de la Justice, qui semble l'avoir avalisé¹⁷⁷, peut être parce qu'elle se situe dans la logique de la règle posée par l'article 130 du Code de la famille.

Il n'en demeure pas moins que malgré l'avis juridico-religieux, le juge considère qu'il y a silence de la loi et, s'appuyant sur l'article 222 du Code de la famille, applique la règle du Droit musulman classique en déclarant le non musulman incapable de succéder à un musulman fut-il un parent en ligne direct du premier degré¹⁷⁸.

L'héritage par substitution ou la représentation successorale obligatoire.

En matière d'héritage, le principe est que les parents les plus proches du défunt dont la succession est ouverte,

¹⁷⁶ *Fatwâ* du Haut Conseil Islamique non datée n° 227 BSH 07H 87M. Le texte de cette *fatwâ* peut être consulté dans la *Revue Algérienne des sciences juridiques politiques et économiques*, Alger, 1993, n° 4, p. 950-951. Une autre *fatwâ* datée du 31 janvier 2007 a été émise dans le même sens (Voir Salah Djidjik, *al-Mîrâth fî-l qânûn al-djazâ'iri*, (sans date ni lieu d'édition), p. 21 et p. 19).

¹⁷⁷ Voir circulaire de la Direction des affaires civiles du Ministère de la Justice n° 87/711 M.F.A.Q.A.T. du 23 septembre 1987.

¹⁷⁸ La Cour suprême pose le principe qu'en matière de succession le critère dont il faut tenir compte est celui de l'appartenance religieuse et non la nationalité (Arrêt du 9 juillet 1984, *al-Madjalla al-Qadâ'iyya*, Alger, 1989, n°3, p. 60 et qu'il faut être musulman au moment du décès de celui dont on se veut hériter (Cour suprême, 20 juin 2001, *al-Madjalla al-Qadâ'iyya*, Alger, 2002, n° 1, p. 345) ; Voir également Cour suprême, 25 juillet 1995, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 1996, n° 1, p. 113.

excluent les parents les plus éloignés dans l'ordre des successibles. Ainsi dans l'hypothèse du décès d'un père qui a des enfants et des petits enfants, seuls les enfants héritent de leur père parce qu'ils sont parents au premier degré par rapport au *de cuius*. Lorsqu'une personne décède sans laisser d'enfants vivants alors qu'elle a des frères et/ou des sœurs, ces derniers héritent de leur frère décédé excluant ainsi *de jure* les enfants d'un autre frère prédécédé. Les enfants de ce dernier n'héritent donc pas de leur grand père ou de leur grand-mère.

Cette éviction légale de certains parents a poussé les juristes musulmans à recommander (*min al-mustahabb*), à partir du Coran¹⁷⁹ et au nom de l'équité, à toute personne ayant des biens de tester en faveur de leurs proches qui se retrouveraient dans ces cas d'exclusion. Sans être le seul, c'est surtout Ibn Hazm (XIème siècle) qui a prôné l'idée d'en faire pour les héritiers une obligation légale, d'où le vocable de *wasiyya wâdjiba* (testament obligatoire). Ainsi lorsque le défunt n'a pas agi en ce sens les héritiers ou la personne chargée de liquider la succession sont sensés être alors obligés d'attribuer une part des biens du *de cuius* à ses père et mère (*al-wâlidân*), à ses proches parents (*al-aqârib*) s'ils sont évincés légalement de la succession (*hadjb*)¹⁸⁰, sans oublier ceux qui en sont exclus pour cause de disparité de culte (*ikhtilâf al-dîn*)¹⁸¹. Aucun des *fuqahâ'* ayant préconisé cette règle

¹⁷⁹ Coran, S. II, v. 180.

¹⁸⁰ Ibn Hazm, *al-Muhallâ*, Dâr al-Fikr, (sans lieu ni date d'édition), vol. IX, p. 313 et suiv.).

¹⁸¹ W. al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-islâmî...*, op. cit., Tome VIII, p. 122.

n'a déterminé la part qui devrait être donnée aux bénéficiaires désignés, laissant ainsi les concernés agir selon leur volonté.

En Algérie, les tribunaux, en s'appuyant sur les règles du *fiqh* malékite, ont toujours refusé d'accorder aux petits enfants une succession sur les biens de leurs grands parents si leur père était déjà décédé¹⁸² même s'il était de tradition que les grands parents, qui prenaient en charge leurs petits-enfants après le décès de leur père, leur octroyaient une part de leurs biens correspondant à celle qu'aurait reçu ce dernier s'il était encore en vie sans toutefois dépasser le tiers de la masse successorale¹⁸³. Considéré comme un testament, il était exécutable avant tout partage de la succession. Cette pratique ne se limitait pas aux seuls petits enfants d'un fils prédécédé mais se faisait également au profit d'un neveu ou d'une nièce assimilé(e) ainsi au fils ou à la fille du testateur¹⁸⁴. Le legs ainsi fait était juridiquement valable même si aucune forme n'avait été appliquée pour l'octroi d'une telle libéralité et les tribunaux acceptaient qu'elle puisse être prouvée par tous les moyens y compris par le

¹⁸² Cour suprême, 2 mai 1995, *al-Ijtihâd al-qadâ'i*, Alger, 2001, numéro spécial, p. 321.

¹⁸³ Ahmed Deghish, *al-Tanzîl fî qânûn al-usra al-Djazâ'iri*, Dâr Hûma, Alger, 2009, p. 50 ; Sâlah Djidjik, *al-Mîrâth fî-l qânûn al-djâ'iri*, 2^{ème} éd., (sans date ni lieu d'édition), p. 91.

¹⁸⁴ Cour suprême, 28 septembre 1993, *al-Ijtihâd al-qadâ'i*, Alger, 2001, numéro spécial, p. 318 ; 10 décembre 2009, *Madjallat al-Mahkama al-'uliyâ*, Alger, 2010, n° 1, p. 231.

témoignage¹⁸⁵. Telle était donc le Droit applicable en cette matière jusqu'en 1984.

A l'instar de la plupart des pays de tradition musulmane¹⁸⁶, le législateur algérien a inséré dans le Code de la famille des dispositions rendant obligatoire une démarche restée jusque là facultative permettant ainsi aux petits-enfants, orphelins de père ou de mère, de recevoir *de jure* une part des biens laissés par le *de cuius*. Le *tanzîl* est d'ailleurs un des exemples de législation élaborée en grande partie sans s'appuyer sur une construction normative du *fiqh* classique¹⁸⁷.

En droit positif et malgré le nom de *testament obligatoire* donné à cet acte, il ne doit pas être pour autant assimilé à un testament parce qu'il est imposé par la loi et non pas établi par la volonté de son auteur et devant être accepté par son bénéficiaire. Il ne doit pas non plus être appréhendé comme une opération successorale bien qu'on y retrouve des caractéristiques de celle-ci comme la règle accordant au garçon une part double de celle attribuée à la fille. C'est un acte mixte soumis à la fois à certaines dispositions régissant le testament (notamment la règle du

¹⁸⁵ Cour Suprême, 30 avril 1969, *Nashrat al-qudât*, Alger, Oct.- Déc. 1970, p. 45 ; 25 novembre 1997, *al-Madjalla al-Qadâ'iyya*, Alger, 1997, n° 1, p. 46 ; 28 septembre 1993, *al-Ijtihâd al qadâ'i*, Alger, 2001, numéro spécial, p. 318 ; 27 novembre 1997, *al-Madjalla al-qadâ-iyya*, Alger, 1997, n° 1, p. 46.

¹⁸⁶ Il en est ainsi en Droit égyptien (loi n° 71 du 1^{er} juillet 1946), en Droit syrien (Code de Statut personnel de 1953), en Droit tunisien (Code de Statut personnel de 1956) et en Droit marocain (Code du Statut personnel de 1957-1958 et Code de la famille de 2004). Néanmoins toutes ces législations ne sont pas uniformes quant au contenu normatif relativement à cette question.

¹⁸⁷ Badrân Abû-l-^cAynayn Badrân, *al-Mawârîth wa-l wasiyya wa-l hiba fî al-Sharî'a al-islâmiyya wa-l qânûn*, Mu'asasat shabâb al-Djâmi'a, Le Caire, 1985, p. 167.

tiers disponible) et aux règles de désignation des successibles qui échappent à la volonté des personnes. Les bénéficiaires doivent néanmoins être considérés comme des légataires et non pas comme des successibles¹⁸⁸.

En droit algérien, ce sont les articles 169 et suivants du Code de la famille qui organisent l'héritage par substitution¹⁸⁹. Ce mécanisme s'impose dès lors que la date de décès de l'aïeul(e) est concomitante ou postérieure à celui du père ou de la mère de l'enfant orphelin¹⁹⁰. Ce faisant, les auteurs de la loi ne se sont nullement inspirés de la doctrine classique quant à la détermination des bénéficiaires du *tanzîl*, mais se sont limité à désigner les seuls petits enfants exclus de l'héritage de leurs grands parents par la présence des oncles et/ou des tantes et à en fixer les conditions.

Les petits enfants prennent donc lieu et place de leur auteur dans la succession de leurs grands parents. L'opération est néanmoins soumise à certaines conditions énoncées par l'article 171 du Code de la famille qui énonce que les intéressés ne doivent pas avoir déjà hérité

¹⁸⁸ Sâlah Djidjik, *al-Mîrâth fi-l qânûn al-djzâ'iri*, op. cit., p. 92.

¹⁸⁹ Le législateur n'a pas donné de définition au *tanzîl* pas plus que la Cour suprême qui s'est limité à rappeler qu'il s'agit d'un acte établi en vue de permettre aux petits-enfants de percevoir la part qu'aurait reçu leur père s'il était encore vivant sans que cette part ne soit supérieure au tiers de la succession (Arrêt du 24 février 1986, non publié, cité par Larbi Belhadj, *Ahkâm al-mawârîth*, Office des Publications Universitaires (OPU), Alger, 3^{ème} éd., 2008, p. 285).

¹⁹⁰ Cour suprême, 4 janvier 2006, *Madjallat al-Mahkama al-'uliyâ*, Alger, 2006, n° 7, p. 443. La date retenue pour l'application de la loi est celle de la mort des grands parents et non pas celle du père des intéressés. Voir Cour suprême, 17 mars 1998, *al-Ijtihâd al-qadâ'i*, Alger, 2001, numéro spécial, p. 328 ; 14 novembre 2001, *al-Madjalla al-qadâ'iyya*, Alger, 2002, n° 2, p. 448.

d'un de leurs ascendants ou avoir auparavant reçu un legs ou une donation de leur part avant leur décès¹⁹¹.

L'application des dispositions relatives à l'héritage par substitution pose néanmoins quelques difficultés en raison de l'interprétation qui est donnée à la terminologie utilisée pour désigner les bénéficiaires. En effet les versions en arabe et en français des articles relatifs à cette question sont quelque peu ambiguës.

Il nous faut exposer le problème à partir du vocabulaire juridique utilisé pour formuler la règle selon la version officielle publiée en langue arabe. Dans cette langue, le terme *ahfâd* (pluriel de *hafîd*) est utilisé par les rédacteurs des articles 169, 170 et 171 du Code de la famille. Mais dans la version en langue française de ces mêmes articles, la traduction de ce mot n'est pas uniforme. En effet, pour l'article 169 ce sont les termes ***descendants d'un fils*** qui sont utilisés pour le traduire alors que pour les articles 170 et 171, ce même *ahfâd* est rendu par ***les petits fils et les petites filles***. Cette traduction différenciée d'un même mot d'un article à l'autre a alimenté le débat doctrinal sur la question de savoir s'il fallait ou non considérer qu'il fallait intégrer parmi les ayants droits au *tanzîl* et au même titre les fils et les filles des filles du parent prédécédé¹⁹².

C'est ainsi que certains auteurs estiment que l'article 168 du Code de la famille considère que seuls les descendants

¹⁹¹ En ce sens voir Cour suprême, 14 février 2005, *Madjallat al-Mahkama al-culiyyâ*, Alger, 2005, n° 2, p. 387 ; Cour Suprême, 4 janvier 2006, *Madjallat al-Mahkama al-culiyyâ*, Alger, 2003, n° 1, p. 443 ; 14 novembre 2007, *Madjallat al-Mahkama al-culiyyâ*, Alger, 2011, n° 1, p. 241.

¹⁹² Ben Chouikh al-Rachîd, *al-Wasiyya wa-l mirâth fi qânûn al-usra al-djazâ'irî*, Dâr al-Khalduniyya, 1^{ère} éd., (sans lieu d'édition), 2008, p. 57.

mâles des fils du *de cuius* sont en droit de bénéficier du *tanzîl*¹⁹³ s'ils répondent aux exigences prévues par les articles 171 et 172 de ce Code. C'est cette interprétation qu'a retenue la Cour suprême dans un arrêt rendu en 1994 qui avait ainsi décidé que ne pouvaient bénéficier de l'héritage par substitution que les enfants d'un fils prédécédé à son père¹⁹⁴. Mais cette interprétation de la loi n'a pas fait unanimité dans le monde des juristes qui ont avancé, quelle que soit la thèse défendue, des arguments tant linguistiques que juridiques.

En effet, si la question est abordée d'un point de vue lexical, le terme *ahfâd* (que l'on rencontre dans le Coran – XVI, 72- avec le sens de *petits-fils*¹⁹⁵), mais qui a par ailleurs plusieurs sens dont certains n'ayant aucun lien avec l'idée de filiation ou de parenté par le sang¹⁹⁶, signifie *walad al-walad*¹⁹⁷ ou *ibn al-ibn*¹⁹⁸, c'est-à-dire

¹⁹³ Salah Djidjik, *al-Mîrâth fi-l qânûn al-djazâ'iri*, (sans lieu ni date d'édition), 2^{ème} éd., p. 90 ; Larbi Belhadj, *al-Wadjîz fi sharh qânûn al-usra al-djazâ'iri...*, op. cit., Tome II, p. 186.

¹⁹⁴ Cour suprême, 22 mars 1994, *al-Madjalla al-qadâ'iyya li-l Mahkama al-^culiyâ*, Alger, 1995, n° 1, p. 134.

¹⁹⁵ C'est cette traduction que l'on rencontre le plus souvent. Il en est ainsi pour A. Laïmèche et B. Ben Daoud, *Le Coran*, Heintz Frères, Oran, 1931, p. 151 ; Octave Pesle et Ahmed Tidjani, *Le Coran*, Maisonneuve & Larose, Paris, 5^{ème} éd., 1980, p. 172 ; Jacques Berque, *Le Coran*, Sindbad, Paris, 1990, p. 286 ; Hamza Boubakeur, *Le Coran*, Enag éditions, Alger, 1994, tome III, p. 38.

¹⁹⁶ Ibn Mandhûr, *Lisân al-^carab* (Dictionnaire de la langue arabe recensant le lexique employé entre le IX^{ème} et la fin du XIII^{ème} siècle), Dâr Sâdar, Beyrouth, (sans date d'édition), Tome III, p. 153 (qui signale aussi que le terme *hafada* désigne les garçons nés du premier mariage d'une femme) ; R. Dozy, *Supplément aux dictionnaires arabes*, E. J. Brill, Leyde, 1881, Tome I, p. 303.

¹⁹⁷ *al-Mundjid fi al-lugha wa-l a^clâm*, Dâr el-Mashreq, Beyrouth, 1975, 26^{ème} éd., p. 141.

¹⁹⁸ Ibn Mandhûr, *Lisân al-^carab*, op. cit., , Tome III, p. 153 ; *al-Mundjid al-abjadî*, Dâr el-Mashreq, Beyrouth, 1968, 3^{ème} éd., p. 375.

littéralement *fil* du *fil* et donc *petit-fils*¹⁹⁹ et d'une manière générale *descendant par les mâles*²⁰⁰. Mais pour certains lexicographes le mot *walad* a aussi un sens générique et désigner ainsi *toute naissance* sans distinguer le mâle de la femelle et peut être même utilisé comme un duel ou un pluriel²⁰¹. Au pluriel d'ailleurs, le terme *ahfâd* (ou *hufadâ'*) prend le sens de *petits-enfants*, voire de *neveux*²⁰². Enfin, le mot peut aussi être mis au féminin, *hafîda*, et désigner *la petite-fille* ou même encore *la nièce*²⁰³. Du point de vue de la langue le vocable semble donc avoir un sens général et il n'y a donc aucune raison de privilégier sa compréhension au seul masculin. C'est donc dans ce sens générique qu'il faut comprendre le terme *ahfâd* utilisé pour la rédaction de l'article 169 du Code de la famille dans sa version en arabe d'autant que le texte de cet article est rédigé en termes généraux sans connotation sexiste. Sont donc concernés *les enfants du fil* et *les enfants de la fille*²⁰⁴. Ainsi il n'y a pas lieu de tenir compte de sa traduction différenciée en français au niveau des articles 169, 170 et 171 et ce, d'autant que c'est la version en langue arabe qui est officielle.

¹⁹⁹ J. B. Belot, *Farâ'id at-Toullâb, arabe-français*, Librairie orientale, Beyrouth, 24^{ème} éd., 1974, p. 98; ALECSO, *al-Ma'djam al-^carabî al-asâsî* (diffusé par Larousse), 1989, p. 331.

²⁰⁰ E. Fagnan, *Addition aux dictionnaires arabes*, op. cit., p. 35

²⁰¹ *al-Mundjid fi-al-lughati wa-l a'lâm*, Dâr al-Mashriq, Beyrouth, 1975, 26^{ème} éd., p. 917.

²⁰² A. De Biberstein Kazimirski, *Dictionnaire arabe - français*, Maisonneuve et Cie, Paris, 1860, Tome I, p. 456.

²⁰³ Marcelin Beaussier et Mohammed Ben Cheneb, *Dictionnaire pratique arabe - français*, La Maison des Livres, Alger, (réédition revue et augmentée), 1958, p. 215.

²⁰⁴ Ahmed Daghîsh, *al-Tanzîl...*, op. cit., p. 71.

D'un point de vue strictement juridique et sans même se référer aux sources doctrinales du *fiqh* classique, puisqu'il s'agit d'appliquer le droit positif actuel, il y a lieu de relever qu'une telle discrimination fondée sur le sexe est contraire aux principes constitutionnels (Article 32 de la Constitution) et aux Conventions internationales ratifiées par l'Algérie et notamment celle relative aux droits de l'enfant de 1989²⁰⁵. Aussi c'est à bon droit que la Cour suprême a élargi le bénéfice du *tanzîl* aux enfants sans distinguer le garçon de la fille dans un premier arrêt rendu en 2002 suivi d'une autre décision dans le même sens en 2005²⁰⁶. Il reste à se prononcer sur la question de savoir si le *tanzîl* s'applique aux descendants du fils à l'infini et s'il y a lieu de le limiter à la seule première génération issue de la fille comme en droit égyptien dont semble être inspirée la loi algérienne²⁰⁷.

Au niveau pratique notons qu'à l'ouverture de la succession, les parts relevant du *tanzîl* sont prélevées au profit de leurs bénéficiaires avant toute autre opération, même celles portant sur un legs octroyé éventuellement

²⁰⁵ Voir l'article 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 ratifiée par l'Algérie en 1992 (Décret présidentiel n° 92-461 du 19 décembre 1992, in Journal officiel n° 91 du 23 décembre 1992, p. 1885). Il y a lieu de signaler que le ministre de la Justice (en poste entre 1970 et 1977) a déclaré lors d'une conférence portant sur l'avant projet de Code de la famille que **le tanzîl...permet aux enfants, garçons et filles, qui ont perdu leur père ou leur mère avant ou en même temps que leur grand père ou leur grand-mère...etc...** (Boualem Benhamouda, *al-Mashrûc al-Djazâ'irî li-qânûn al-usra*, in *Actes du cinquième Séminaire sur la pensée islamique*, Juillet 1971, p. 206, cité par Ahmed Daghish, *al-Tanzîl fî qânûn al-usra al-Djazâ'irî*, Dâr Hûma, Alger, 2009, p. 148).

²⁰⁶ Cour suprême, 14 décembre 2005, *Madjallat al-Mahkama al-uliyyâ*, Alger, 2005, n° 2, p. 390.

²⁰⁷ W. al-Zuhaylî, *al-Fiqh al-islâmî...*, op. cit., Tome VIII, p. 123.

par le défunt à un tiers par testament²⁰⁸. Si l'ensemble des parts (*tanzîl* plus legs) ne dépasse pas le tiers du patrimoine du *de cuius*, chacun des ayant-droits et du (ou des) légataire(s) recevra sa part dans la succession du défunt. Si au contraire, cet ensemble dépasse le tiers de la masse successorale, seuls les bénéficiaires du *tanzîl* recevront leurs parts respectives. Le ou les autres légataires cités dans le testament du défunt n'obtiendront que ce qui resterait éventuellement après cette opération²⁰⁹. Par ailleurs, dès lors que le calcul du tiers revenant aux bénéficiaires du *tanzîl* se fait à partir de la masse successorale totale (Article 170 du Code de la famille) et non pas à partir de ce qui reste de la succession après les prélèvements prévus par l'article 180 de ce même Code, l'héritier par substitution pourra dans certains cas de figure (notamment si un tiers des biens a été légué par voie testamentaire à un tiers et s'il est seul) recevoir une part supérieure à celle qu'aurait reçu son parent prédécédé dont la part aurait été calculée sur les deux tiers restant de la succession.

Le *tanzîl* permet donc de donner une part de la succession aux petits enfants orphelins de leur père au décès de leurs grands parents partageant ainsi avec leurs oncles et/ou leurs tantes le patrimoine des aïeux. La règle ainsi posée ne permet pas toutefois à d'autres proches parents du défunt d'avoir une part du patrimoine laissé par

²⁰⁸ Ahmad Daghish, *al-Tanzîl fî qânûn al-usra al-djazâ'irî*, Dâr Hûma, Alger, 2009, p. 50.

²⁰⁹ L. Belhadj, *al-Wadjîz fî sharh qânûn al-usra al-djazâ'irî...*, op. cit., Tome II, p. 188 ; A^cmar Yahyaoui, *Nidhâm al-mawârîth al-islâmî fî taqîn al-usra al-djazâ'irî*, Dâr al-Amal, Tizi Ouzou, 2011, p. 297.

ce dernier dans certaines situations. C'est notamment le cas des père et mère qui dans certaines hypothèses sont évincés de la succession ainsi qu'à d'autres proches parents du défunt lorsque la présence d'héritiers les exclue de la succession. C'est aussi le cas lorsque la disparité de culte empêche l'époux survivant de recevoir une part des biens laissés par le conjoint décédé²¹⁰.

Que les biens des époux soient régis par le régime de la séparation ou soumis au « régime » conventionnel qu'ils ont choisi de mettre en œuvre entre eux, peut-on considérer que le Droit algérien répond totalement aux questions patrimoniales que pose la vie conjugale ? A priori une lecture rapide de la loi donne l'impression qu'il n'est pas imposé de règles communes aux deux conjoints pour la gestion et l'entretien du ménage. Un examen plus attentif des textes permet toutefois de déceler des embryons de dispositions allant dans ce sens et qu'il appartient donc au juge de libérer les potentialités qu'ils renferment par une jurisprudence moins réticente. Ainsi l'alinéa 4 de l'article 36 du Code de la famille qui oblige *les deux époux à la concertation mutuelle dans la gestion des affaires familiales et de contribuer conjointement à la sauvegarde des intérêts de la famille et à la saine éducation des enfants* (Alinéa 3 de l'article 36). Il n'est pas interdit de comprendre que cette formulation implique aussi la concertation dans la gestion des biens familiaux.

Cette évolution est d'autant plus possible que l'épouse n'est plus juridiquement *tenue d'obéir à son mari* lequel a perdu d'ailleurs *sa qualité de chef de famille* depuis

²¹⁰ A. Yahyaoui, *Nidhâm al-mawârîth...*, op. cit., p. 298-299.

l'abrogation de l'article 39 du Code de la famille en 2005, ce qui implique une égalité du statut d'époux pour chacun des deux conjoints. C'est ainsi par exemple que la loi implique l'épouse dans la conduite des affaires familiales en lui permettant de suppléer le père en cas d'absence ou d'empêchement de ce dernier pour les actes à caractère urgent concernant ses enfants (Alinéa 2 de l'article 87). Certes le principe est que le père est le seul tuteur de ses enfants mineurs et que ce n'est qu'à son décès que cette tutelle est transférée à la mère (Alinéa 1^{er} de l'article 87) mais ce droit de représentation peut permettre d'initier une autorité parentale conjointe même si le législateur ne l'a pas encore formellement exprimé.

0

Sans aller jusqu'à remettre en cause l'essentiel du Droit relatif à la gestion du patrimoine familial, des amendements doivent néanmoins être apportés pour assurer une meilleure garantie des intérêts de chacun des époux, des enfants et des tiers concernés par les activités professionnelles du couple. C'est là un résumé de quelques règles du Droit patrimonial de la famille applicables aujourd'hui en Algérie.

Notons que les autorités ont annoncé une prochaine réforme du Code de la famille notamment en matière de dissolution du mariage et donc peut-être au niveau de ses effets patrimoniaux. Il n'est donc pas exclu que les dispositions présentées dans cet exposé fassent l'objet d'une révision dans un proche avenir²¹¹.

²¹¹ Ajoutons que les amendements apportés récemment à la Constitution (Loi n° 16-01 du 6 mars 2016 portant révision constitutionnelle, in *Journal officiel* n° 14 du 7 mars 2016) impliquent un « toilettage » législatif qui n'épargnera pas, au moins en partie, le Droit de la famille. On peut aussi s'interroger sur la portée des dispositions introduites par l'article 188 de la Constitution sur certaines règles du Droit de la famille. En effet, ce nouvel article permet la saisine du Conseil constitutionnel par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité sur renvoi de la Cour suprême ou du Conseil d'Etat lorsque une partie à un procès soutient devant une juridiction que la disposition législative dont dépend l'issue du litige porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Loi fondamentale du pays. Il faut néanmoins attendre la promulgation de la loi organique qui fixera les conditions et les modalités de mise en œuvre de cette disposition constitutionnelle pour en connaître la teneur et envisager sa portée.