

La problématique d'une définition du mariage Dans le code de la famille algérien

Par Bendjaballah Souad*

Depuis son adoption en 1984, le code de la famille est au cœur d'un débat de fond, d'une grande complexité. La question des sources tranchée en apparence par le législateur dans les dispositions des articles 1 et 222 reste néanmoins posée lorsqu'il s'agit de donner une définition juridique au contrat de mariage tel que stipulé dans l'article 4 du code de 1984.

Contrat ou institution quel est le contenu donné au lien matrimonial par le législateur et les praticiens ?

Les conditions juridiques de formation du lien matrimonial

Le lien matrimonial se forme à partir de conditions de fond, que sont les éléments constitutifs, et de conditions de forme, que sont les formes dans lesquelles doit être passé le contrat.

Parmi les éléments constitutifs du mariage 4 conditions doivent être réunies, au terme de l'article 9 « *Le consentement des futurs conjoints, la présence du tuteur matrimonial et de deux témoins ainsi que la constitution d'une dot* ».

Dans l'ordre de ces conditions la présence du tuteur matrimonial, pour la femme, est une des conditions substantielles à la conclusion du mariage, sous réserve de nullité. Selon l'article 11 « *La conclusion du mariage pour la femme incombe à son tuteur matrimonial qui est soit son père soit l'un de ses proches parents* ». Du point de vue de la logique d'enchaînement, si au terme de l'article 9 le consentement des époux est une des conditions de validité du contrat de mariage au même titre que la présence du tuteur, pourquoi l'alinéa 1 de l'article 11 fait-il du consentement de l'épouse une condition accessoire et non plus substantielle (telle que stipulée dans l'article 4 et 9) puisque la conclusion du mariage incombe, pour l'épouse, à son tuteur ?

Dés lors, si la conclusion du mariage, c'est à dire la signature du contrat du mariage incombe à son tuteur, est-elle de ce fait dispensée de se présenter auprès de l'officier d'état civil ? d'exprimer publiquement son accord ? et de signer le contrat de mariage ?

Sur les manifestations de la volonté de la future épouse " *Le consentement découle de la demande de l'une des deux parties et de*

* Maître de conférence - Chargée de recherche Faculté de Droit - Université de Constantine

l'acceptation de l'autre exprimée en tout terme exprimant le mariage légal" article 10-1

Le terme utilisé par le législateur "*parties*" peut laisser supposer que conformément à l'article 11 alinéa 1 la demande est formulé par le futur époux et l'acceptation par le tuteur de la future épouse.

En matière de consentement de la future épouse et des formes de son expression, le législateur reste silencieux. L'alinéa 2 du même article précise que.... "*pour les handicapés le consentement s'exprime sous toutes formes écrites ou gestuelles....*"Aucune précision en ce qui concerne les formes légales requises pour s'assurer du consentement de la personne, saine de corps et d'esprit.

Sur l'absence de contrainte matrimoniale. Le silence du législateur sur les formes précises dans lesquelles doit s'exprimer le consentement de la future épouse pose un problème de fond quant à la cohérence du texte. La contrainte matrimoniale est formellement interdite "*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*". La question est la suivant comment s'assurer de l'absence de contrainte matrimoniale si aucune disposition ne prévoit les formes d'expression du consentement de la future épouse Ainsi à l'absence de garanties pour s'assurer du consentement de l'épouse s'ajoute l'absence de mécanismes pouvant interdire la contrainte matrimoniale.

Sur les conditions de formes dans lesquelles doit être formé le lien matrimonial.

L'article 4 de la loi précise que « *Le mariage est un contrat passé entre un homme et une femme dans les formes légales* ». dans ce esprit "*L'acte de mariage est conclu devant un notaire ou un fonctionnaire légalement habilité.....*" Les rédacteurs de la loi de 1984 renvoient en fait aux ordonnances portant état civil et portant organisation du notariat (¹).

Au terme de l'article 73 de l'ordonnance portant état civil l'acte de mariage dressé par l'officier de l'état civil (ou par le cadi - notaire) doit indiquer expressément que le mariage a eu lieu dans les conditions prévues par la loi. A cet effet il doit mentionner le cas échéant , après les formalités d'usage, l'autorisation à mariage prévue par la Loi. Cette autorisation est différenciée par la législateur de la dispense d'âge

¹ Ordonnance 70/20 du 19 février 1970 relative à l'état civil - JORA N°21.

Ordonnance 70/91 du 15/12/1970 portant organisation du notariat - JORA N° 107

accordée par l'autorité compétente. Mais en matière de consentement de la future épouse le législateur renvoie à l'article 76 " *La personne appelée à donner l'autorisation à mariage prévue par la Loi peut donner son consentement soit verbalement au moment de l'établissement de l'acte soit par acte authentique dressé par l'officier de l'état civil*" Cette disposition appelle au moins une remarque. Les conditions d'établissement des actes de mariage par l'officier d'état civil tel que stipulé par l'ordonnance font de la présence physique d'une part et du consentement de la future épouse d'autre part une condition subsidiaire laissée à l'appréciation du tuteur. Elle est de ce fait d'ordre privée. Comment dès lors invoquer devant les tribunaux l'absence de consentement et demander l'annulation du mariage tel que stipulé dans l'article 32 de la loi 84/11 pour annuler le mariage" *le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié ou s'il comporte un empêchement , une clause contraire à l'objet du contrat ou si l'apostasie du conjoint est établi.*

Le consentement de la future épouse étant un élément constitutifs mais non substantiel à la conclusion du mariage, il ne peut de ce fait constituer ni une cause d'annulation du mariage tel que stipulé dans les articles 31 et 33 (2) ni une cause de dissolution telle que stipulée dans l'article 53 pour sa dissolution (3). Il ne reste plus dès lors que la voie du kho'l, pour la femme contrainte au mariage qui n'aurait pas eu la possibilité d'exprimer avant la conclusion du mariage son refus.

Au delà du débat sur le tuteur matrimonial, la question relative au consentement nous paraît plus importante tant du point de vue de l'évolution du Droit positif, des structures sociales, que du point de vue de l'adaptation du droit avec les normes internationales.

Il a été développés tant dans des travaux antérieurs que dans les plate - formes revendicatrices du mouvement associatif féminin que cette minorisation de la femme entrain en contradiction avec les principes constitutionnels, et les principes généraux qui ont présidé à l'élaboration du droit algérien.

² article 31 " *le mariage est déclaré nul si l'un de ses éléments constitutifs est vicié . . . article 33 "contracté sans la présence du tuteur matrimonial , les deux témoins ou la dot le mariage est déclaré entaché de nullité . . ."*

³ Il est permis à l'épouse de demander la dissolution du mariage pour les causes ci après : défaut de paiement de la pension alimentaire , infirmité empêchant la réalisation des buts du mariage . refus pour l'époux de partager la couche conjugale, condamnation à une peine infamante . absence de plus d'un an , faute immorale, violation des articles 8 et 37 en matière de polygamie.

Par ailleurs tant l'ordonnance de 1970 que la loi de 1984 ont fait marche arrière par rapport à un mouvement législatif et jurisprudentiel qui faisait du consentement une garantie contre la contrainte matrimoniale.

C'est ainsi que l'ordonnance de 1959 stipulait que le consentement sous peine de nullité devait être exprimé personnellement, verbalement et publiquement. Elle allait dans le sens de la jurisprudence de la chambre de révision musulmane qui pour tempérer le droit de djabr du tuteur exigeait le consentement personnel de la fille et faisait ainsi appel à la doctrine hanéfite qui autorisait la femme, majeure, à donner, elle-même, son consentement au mariage sans recourir à la présence d'un tuteur. La jurisprudence tendra progressivement à faire du consentement verbal et personnel de la future épouse un élément de validité du mariage. Après l'indépendance la jurisprudence s'orientera dans ce sens, à savoir faire du consentement des conjoints et plus précisément de la future épouse un élément de validation ou d'invalidation du mariage. Ainsi en 1966 un arrêt de la cour suprême affirmait que le mariage contracté sans consentement est entaché de nullité absolue que le juge est tenu de prononcer d'office. Le consentement devient ainsi une question d'ordre public que le juge est tenu de relever d'office⁽⁴⁾. Toujours dans le même sens un arrêt de la cour suprême de 1980 précise que "*La présence des deux conjoints permet à l'officier d'état civil de vérifier l'âge du mariage et de s'assurer du consentement des conjoints*"⁽⁵⁾.

Les rédacteurs de la loi 84/11 donnent un caractère secondaire et subsidiaire au consentement de la future épouse. De ce fait ni l'officier d'état civil ni le juge ne peuvent relever d'office l'absence de consentement. Lorsque le mariage est conclu devant l'officier d'état civil aucune disposition légale ne l'oblige à exiger la présence de l'épouse. Les quelques notaires questionnés sur la question restent évasifs les plus coopératifs déclarent qu'ils appliquent les dispositions de la sunna et de fait n'exigent que la présence du tuteur, du conjoint et des témoins. Quant à la jurisprudence elle marque un recul et se cantonne dans le respect des dispositions de l'article 13 relatif à la contrainte matrimoniale (arrêt de la Cour Suprême de 1986 et 1993 "une fille ne peut être mariée qu'avec son consentement"⁽⁶⁾). Le recul de la jurisprudence ou sa prudence vis à vis de l'épineuse question du consentement, après 1984, va plus loin elle s'exprime aussi par la difficulté à établir et hiérarchiser les conditions de validité du mariage. Ainsi au fil de la lecture des arrêts

⁴ Cité par Ghaouti benmelha "Eléments du droit algérien de la famille" - OPU 1983 p.50

⁵ Cité par Belhadj Larbi "el wadjiz fi charh qhanoun el ousra el djazairi" OPU - 1999 - p.78

⁶ Cité par L.Belhadj "recueil des arrêts de la cour suprême en matière de statut personnel" OPU - 2000

rendus par la chambre de statut personnel de la cour suprême et dans le désordre, le mariage est validé par la lecture de la fatiha, la dot, les témoins, le tuteur, la demande et l'acceptation(sigha) la consommation.

Il y a de toute évidence une difficulté à hiérarchiser et à établir une distinction entre les conditions substantielles, de fond et les conditions de forme. Mais bien plus il se pose un double problème :

Celui de la hiérarchisation et de utilisation des sources du droit de la famille en général et des dispositions en matière de lien matrimonial en particulier.

Celui du référentiel en matière de définition du lien matrimonial.

Ainsi au terme de l'article 1 de la loi 84/11 " *toutes les relations entre les membres de la famille sont régies dans les dispositions de la présente loi*"

Cette disposition est conforme à l'esprit de la codification tel que présenté par le rapporteur du gouvernement devant les députés de l'assemblée nationale (7), unifier le droit de la famille et éviter les "déviances" Elle est également conforme aux dispositions constitutionnelles de l'article 151, alinéa 2 (constitution de 1976) qui donne compétence au pouvoir législatif de légiférer , en matière de droit de la famille et notamment en matière de mariage , de divorce ou de filiation. De ce fait conformément à l'esprit et à la lettre de l'article 1 seul la loi au sens formel du terme c'est à dire seules les dispositions du code de 1984 sont applicables en matières de relations matrimoniales. Mais l'article 222 introduit une deuxième source " *En l'absence d'une disposition dans la présente loi , il est fait référence aux dispositions de la chari'a "*

Sur cette question des sources , et en matière de conditions de formation et de validité du lien matrimonial, lorsque les dispositions du texte ne sont pas claires, il est fait application de la chari'a. Rien dans l'enseignement dispensé aux praticiens du Droit (notaires, magistrats , avocats ou officiers d'état civils), ceux chargés de dire la Loi et de l'appliquer, n'indique une formation dans ce sens. Il y a de toute évidence une entorse à l'esprit de la loi de 1984 (unifier et éviter les déviances) . L'attitude des notaires en matière de consentement de la future épouse est significative. Le malaise est aussi perceptible chez les

⁷ Sur cette question se reporter aux minutes des débats parlementaires - JORA - 1984

magistrats ⁽⁸⁾ qui motivent souvent leurs arrêts par l'expression suivante "comme il est prévu par la chari'a et par le droit " et ce parfois même lorsque les dispositions du texte sont claires. Que dire dès lors en matière de consentement de l'épouse.

Sur la question du consentement les exemples Marocains et tunisiens dans des logiques différentes ont opté pour faire du consentement de la future épouse une condition de validité du mariage. Les dispositions de la Moudawana " *le mariage est valablement conclu par l'échange de consentement des parties, exprimés en termes consacrés ou à l'aide de toute expression admises par l'usage.....(article 4)le mariage ne peut être conclu qu'avec le consentement et l'accord de l'épouse ainsi que par l'apposition de la signature de cette dernière sur l'extrait d'acte de mariage ... (article 55) .*

L'article 3 du code de statut personnel tunisien stipule que " *le mariage n'est formé que par le consentement des deux époux* ".

L'avant projet du code de la famille algérien de 1966 ⁽⁹⁾ allait dans le sens de l'ordonnance 59/274 relative au mariage et de la jurisprudence, en exigeant pour " *la validité de l'union qu'elle soit conclue par l'échange de consentement des parties exprimé en personne, verbalement et publiquement devant le juge ou l'officier d'état civil... le consentement doit être libre et non équivoque et fait partie des énonciations à inscrire dans le contrat* "

Il est regrettable que cette disposition n'ait pas été retenue dans le code de 1984, elle aurait permis d'aller dans le sens d'une cohérence du système juridique algérien national et de son adéquation avec les principes universels auxquelles adhèrent l'Algérie.

Le consentement de la femme : un droit sous réserve

Toutes les conventions ratifiées par l'Algérie sont supérieures à la loi sous réserves des déclarations interprétatives ou des réserves émises.

Ainsi et conformément à la constitution l'Algérie adhère à la charte des nations unies sur les droits humains et notamment aux articles 6 et 7 de la déclaration universelle des droits de l'Homme : "chacun a le droit à la reconnaissance en tout lieu de sa personnalité juridique " tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi" Sur cette base le législateur assure une égalité "différenciée" entre

⁸ Larbi Belhadj -op cit et recueil de la jurisprudence en matière de statut personnel - N° spécial , Cour Suprême

⁹ Cité par Lucie Pruvot - p.241

les sexes . Citoyenne à part entière, acteur économique, acteur juridique la femme jouit de tous ses droits dans tous les domaines ...de la vie publique. Elle reste amputée de ses droits en matière de droit privé et plus précisément en matière de consentement pour la formation du lien matrimonial.

Dans cet esprit la position de l'Algérie est restée inchangée toutes les déclarations interprétatives ou les réserves émises sont relatives au code de la famille et à l'égalité des conjoints.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16/12/1966 ratifié par l'Algérie le 16/05/1989. Les déclarations interprétatives sont émises à propos de l'article 23 qui stipule en son alinéa 3 "*Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux*."

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16/12/1966 ratifié par l'Algérie le 16/05/1989. Les déclarations interprétatives n'ont pas touché l'article 10 alinéa 1 "une protection et une assistance aussi large que possible doivent être accordées à la famille qui est l'élément naturel et fondamental de la société en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge. Le mariage doit être librement consenti par les futurs époux.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes du 18/12/1979 ratifiée par l'Algérie le 22/01/1996 avec des réserves sur l'article 16 "*Les Etats parties prennent toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l'égard des femmes dans toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme:*

le même droit de contracter mariage

le même droit de choisir librement son conjoint et de ne contracter mariage que de son libre et plein consentement "

Sur les difficultés à définir le lien matrimonial

Au terme de ce qui a été développé, le mariage n'est pas un contrat au sens civiliste du terme. Dans l'esprit du législateur, la formation du lien matrimonial ne relève pas de la volonté de deux individus égaux en droits et en devoirs. Ce qui est au centre de l'institution, n'est pas l'accord de volonté des deux conjoints contractants mais bien le tuteur matrimonial. Sur cette question il y a une grande confusion entretenue par le législateur et par l'usage du terme contrat si ce dernier en langue française et selon la tradition juridique française renvoie à la théorie

générale des obligations. Dans l'esprit du législateur et de la tradition juridique musulmane le mariage est une institution quasi sacré. De ce fait les conditions de validité sont considéré comme des piliers sacrés de cette institution et non comme de simples conditions de validité. Du point de vue de la sémantique le mariage chez les auteurs arabophones n'est pas un contrat c'est une charte (mithak). C'est toute la problématique du référentiel en matière de définition du lien matrimonial qui nous renvoie à ce que représente le mariage aujourd'hui dans la société algérienne, dans quelles conditions le lien matrimonial se forme et comment évolue la famille algérienne. Ceci pour donner une synergie entre le texte et les pratiques sociales.

Notre propos n'est pas de nous substituer aux sociologues et aux démographes , mais la réponse à ces questions permettra aux juristes de donner les réponses adéquates, pour une définition du mariage.

Alger - Mai 2002